

ACTUALIDAD JURIDICA



Año I

N° 2

Julio 2000

FACULTADES DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Derecho Internacional:
su impacto en el Derecho Interno**

•
**Renovación de
los estudios de Derecho**

•
**Nuevas tendencias sobre
responsabilidad por daños**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

ACTUALIDAD JURIDICA



La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año I, N° 2 - Julio 2000



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO



Índice de Contenidos

TEMA CENTRAL:

Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno

- Introducción. Pablo Rodríguez G. 5
- Corte Penal Internacional y Soberanía Universal. Mario Rojas S. 9
- Derecho Internacional y Derecho Interno. Fernando Gamboa S. 23
- Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena. Juan Arab N. 33
- Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile. Raúl F. Campusano 55
- Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales. Fernando Castro G. 81
- Los convenios de la organización internacional del trabajo y el derecho laboral y de la seguridad social en Chile. Cecily Halpern M. 103

Ensayos y Estudios

- Renovación de los estudios de derecho. Pablo Rodríguez G. 117
- La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo? Bruno Caprile B. 127
- Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre reforma procesal penal. Héctor Oberg Y. 131
- La Avería: pervivencia del derecho romano en el sistema del transporte marítimo indiano. Angela Cattán A. 151
- Perfil jurídico del nuevo ministerio público. Gustavo Cuevas F. 165
- La mercantilización del daño moral. José Pablo Vergara B. 177
- Mitos de la jurisprudencia tributaria. Alejandro Dumay P. 189
- La infracción tributaria. Jaime García E. 211
- Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la sociedad anónima. Enrique Alcalde R. 233
- Responsabilidad de los administradores en una sociedad colectiva. Análisis de un caso práctico. Héctor Carreño N. 253
- Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet "De la imprenta a la Internet". Gabriela Paiva H. 265

Actualización en Derecho

- Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual. Hugo Rosende A. 277
- La imputabilidad: objetivación de la responsabilidad; nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva. César Parada G. 299
- Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil. Ramón Domínguez A. 327
- Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva? Carmen Domínguez H. ... 347

Actividades de las Facultades

SANTIAGO

- **Actividades de la Facultad.** Jaime Williams B. 371
- **Vida Estudiantil en la Facultad.** Hugo Fábrega V. 383

CONCEPCION

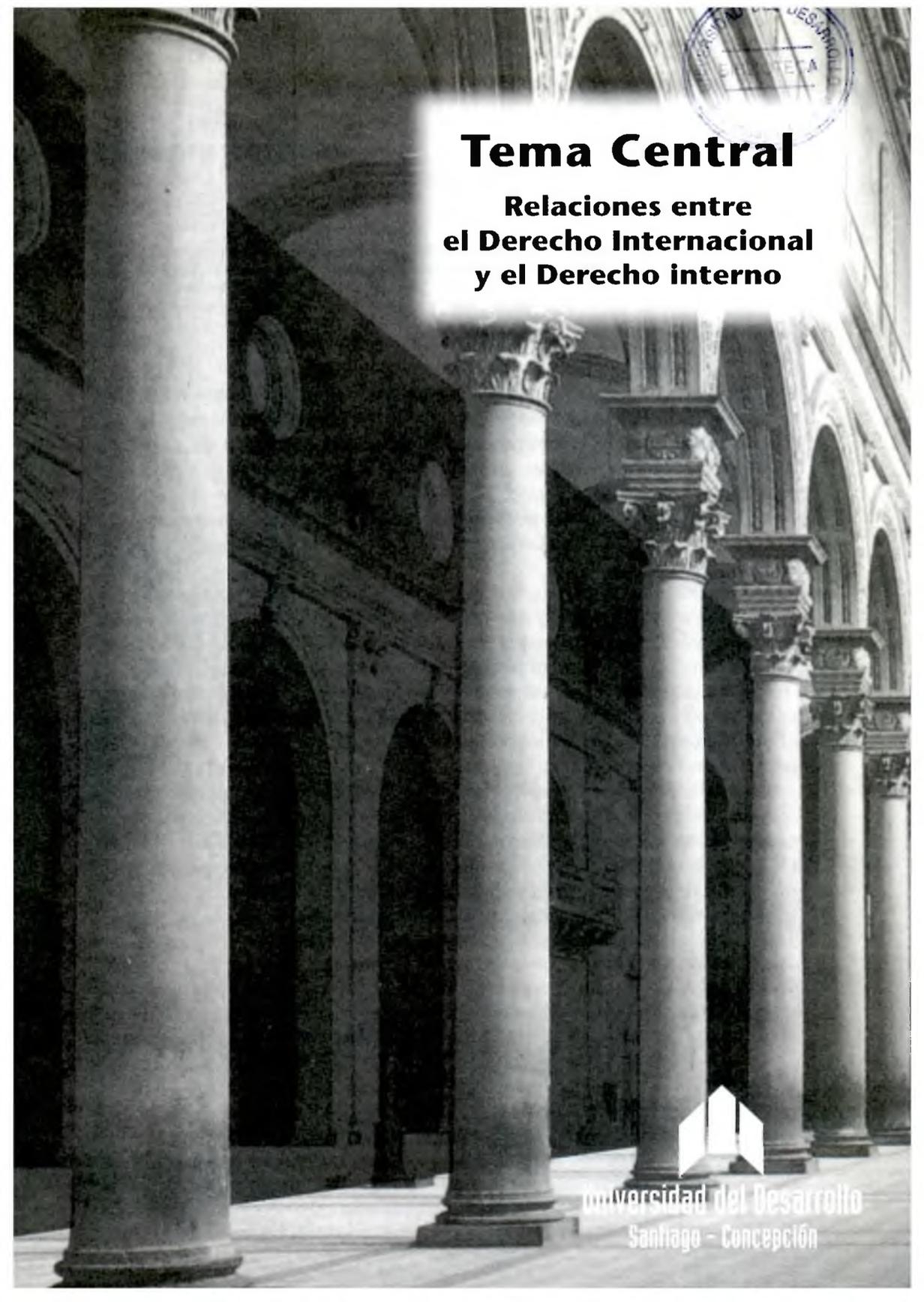
- **Actividades de la Facultad.** Bruno Caprile C. 387
- **Discurso año académico 2000.** Gonzalo Rioseco M. 395
- **La reforma procesal penal, historia, estado actual y temas pendientes.** Guillermo Piedrabuena R. 401

Arálisis Jurisprudencial

- **Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia.**
Corte Suprema. 29 de Junio de 2000. 415
- **Rivas con Castillo.** Corte Suprema. 24 de Mayo de 2000. 419

Libros: resúmenes y rescenciones

- **Introducción al derecho** de A. Squella N. – Jaime Williams B. 437
- **Historia del derecho natural** de F. Carpintero B. – Julio Alvear T. 441
- **Lecciones de introducción al derecho** de J. Williams B. – Julio Alvear T. 449
- **El Derecho como creación colectiva** de Pablo Rodríguez G. – Hernán Corral T. 455



Tema Central

**Relaciones entre
el Derecho Internacional
y el Derecho interno**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

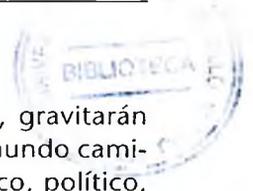
culares que resulten afectados. Tal sucede, por ejemplo, en aquellos casos en que el Estado de Chile se obliga a rebajar tarifas y aranceles o a nivelarlos en relación a otras naciones. El tratado internacional, atendido su doble carácter (contractual y legal), extiende la responsabilidad del Estado, lo que no sucede con la aprobación de una ley, que no permite reclamar perjuicios por quienes resulten afectados en sus intereses.

El mundo experimenta, en este momento, el tránsito entre una sociedad industrial y una sociedad tecnológica. Ello traerá consigo alteraciones de todo orden, en mucho semejantes a las producidas cuando se superó la sociedad agraria y se dio paso a la industrial. Estos cambios provocan una general desadaptación de la comunidad, seguida de un proceso de readecuación en que tienen éxito quienes primero visualizan los cambios y los enfrentan con imaginación, sin trabas ni complejos del pasado. Entre los fenómenos más evidentes del portentoso desarrollo tecnológico que experimentamos en el presente, se halla el de la "globalización", que ha debilitado o hecho desaparecer las fronteras e interconectado a todas las naciones del orbe. Al amparo de ello ha surgido la Unión Europea, por ejemplo, y varias otras experiencias de integración económica y política que, sin duda, irán incrementándose en un futuro inmediato. Paralelamente, se han desmoronado otras alianzas y potencias, como la Unión Soviética, cuya sustentación no obedecía a las realidades hoy día emergentes. A la luz de estos hechos insoslayables, surgirá un nuevo derecho, con pretensión universal, que se estructurará en un plano de igualdad entre todos los Estados soberanos, o nos vendrá impuesto por aquellos más avanzados y poderosos.

Esta es, a juicio nuestro, la gran disyuntiva que enfrenta la **humanidad**. O la globalización desemboca en un mundo más justo y más perfecto, en que se privilegie al hombre y su destino libertario; o se transformará en un nuevo instrumento para abrir paso a renovadas formas de imperialismos o colonialismos semejantes a los del pasado. Los juristas no pueden desatender esta transformación tan sustancial y a la par tan riesgosa para nuestras tradiciones.

A estas inquietudes obedece la publicación de los trabajos sobre "Corte Penal Internacional y soberanía universal", "Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena", y "Derecho internacional y derecho interno". Asimismo, se examina en otros trabajos la influencia de los tratados y convenios internacionales sobre el medio ambiente, regulación marcaría y derecho laboral y de la seguridad social.

Creemos que nuestro deber primordial consiste en advertir sobre el momento que estamos viviendo, promover un debate académico sobre él e



instar al estudio y reflexión de estas materias que, sin duda, gravitarán poderosamente en el destino de Chile en el presente siglo. El mundo camina hacia una más estrecha integración en el ámbito económico, político, jurídico y moral. No se trata de poner trabas o obstruir este proceso, que obedece a una evolución positiva de la cual no podemos sustraernos, sino de contribuir a su perfeccionamiento y, sobre todo, a que ella constituya un avance efectivo y no esconda torcidos propósitos, como ha ocurrido en otras etapas en la historia de la **humanidad**.

La experiencia vivida en Gran Bretaña a propósito de la detención de un ex Jefe de Estado chileno, dejó como lección, más allá de las incidencias y el aprovechamiento político a que dio lugar, la extrema vulnerabilidad de algunas naciones frente a las potencias industriales. Visto a la distancia, parece increíble que un juez español haya pretendido juzgar a un ex gobernante chileno por supuestos delitos cometidos en nuestro territorio mientras ejercía el poder, aplicando la ley extranjera (española), y que ciertos sectores llegaran al extremo de justificar esta posición. El episodio referido ha sensibilizado a una parte de la ciudadanía, que mira con aprensión las verdaderas intenciones de los Estados dominantes.

La historia, por desgracia, avala estas inquietudes, ya que, invariablemente, nuestro sentido americanista, por ejemplo, nos ha provocado gravísimas consecuencias: recuérdese el bombardeo a Valparaíso o las alianzas que se gestaron a espaldas de Chile en la Guerra del Pacífico y que nos hicieron perder parte de nuestro territorio.

De aquí que miremos con explicable desconfianza este proceso y que llamemos a extremar la cautela con que debemos proceder.

El Director

Corte Penal Internacional y Soberanía Universal

Mario Rojas Sepúlveda*

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Generalidades

Por medio de su concurrencia al Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, de 17 de julio de 1998, así como al Acta de Rectificación de 10 de noviembre de 1998, el Gobierno de la República de Chile, en ejercicio de la facultad cuya fuente formal arranca del numeral 17° del artículo 32 de la Constitución Política de 1980, firmó el Estatuto de Roma sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional; seguidamente, el día 5 de enero de 1999, a través de Mensaje de 5 de enero de 1999, ingresado a la H. Cámara de Diputados, conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 50 de la Carta Fundamental, el mismo Gobierno propuso su aprobación, en calidad jurídica de Tratado Internacional, al Congreso Nacional, encontrándose el Proyecto de Acuerdo en actual tramitación.¹

No son pocas, desde luego, las perplejidades que una iniciativa de esta índole ha provocado en el medio jurídico nacional: nos enfrentamos a una inminente y radical transformación de la noción de soberanía nacional, concebida, en su germinación histórica, como un poder pleno, atribuido a una comunidad políticamente organizada, inmune a toda intervención externa a ella misma. El Estatuto de Roma pone a prueba esta concepción, tradicional entre nosotros², por dos razones, una de medio y otra de fin, conectadas lógicamente entre sí.

En el primer orden, el Acuerdo propuesto por el Presidente de la República supone que órganos estatales que, con arreglo al artículo 5° de la Carta Fundamental, están encomendados tan sólo del ejercicio de la soberanía nacional –no de su disposición o enajenación–, pueden, no obstante, concurrir a actos de transferencia de los poderes soberanos nacionales a órga-

* Trabajo escrito en colaboración con los señores Fernando Rojas Sepúlveda, profesor de Introducción al Derecho, y Julián Muñoz Riveros, profesor ayudante de Derecho Procesal.

¹ La redacción de este trabajo fue terminada el día 2 de julio de 2000.

² Salvedad hecha de la limitación impuesta por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que los cuerpos constitucionales reconocen contemporáneamente.

nos internacionales; hay, en esa cuestión de medios, una contradicción que es difícil salvar, toda vez que implica que un representante puede, en ejercicio de poderes atribuidos por su representado, aherrojar a éste de sus propias potestades de origen; volveremos sobre esto más adelante. En el segundo ámbito, el de los fines o resultados, el Acuerdo cuya aprobación propuso el Ejecutivo al Legislativo implica la atribución de potestades jurisdiccionales a órganos ajenos a los sujetos al estatuto político jurídico chileno, y, de consiguiente, la exacción de aquéllas a los órganos nacionales.

Comprendida así la amplitud de tal conmoción en la conceptualización clásica, no resulta extraño, verbigracia, que el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 27 de abril de 1999, al informar el Proyecto de Acuerdo a la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara, haya dividido notablemente los pareceres de sus miembros, en tres líneas de opinión que presentan, entre sí, importantes divergencias; es que, acostumbrado el jurista al análisis de cuestiones precisas y específicas, que es capaz de insertar en determinados y conocidos marcos conceptuales, propios de la técnica jurídica, así como en ámbitos normativos también más o menos precisos, queda fácilmente conmovido por unos tipos de análisis que operan sobre los cimientos mismos de su sistemática, desde que apuntan al entendimiento de la noción –soberanía nacional– de la que arrancan las bases del poder vinculante del ordenamiento jurídico.

Siendo esto así, queremos incursionar –con no menos sobresalto– en el análisis de estas cuestiones, convencidos de la necesidad de aportar al debate, aunque sólo sea con algunas ideas y preocupaciones fundamentales, cuando el Gobierno de la República ha propuesto ni más ni menos que la transferencia de una relevante cuota de las potestades soberanas nacionales a órganos externos, en el más delicado de todos los ámbitos jurídicos, que es, sin duda alguna, el criminal: está en juego aquí la libertad, el más precioso de todos los derechos, por el que incluso puede y debe –como leemos desde niños en Cervantes– entregarse la vida misma.

2. Antecedentes empíricos y principios jurídicos

Desde antiguo viene elaborándose el concepto de ilícito o delito internacional; así, por ejemplo, Quincy Wright³: “es un acto cometido con la intención de violar un interés fundamental protegido por el Derecho Internacional o con conocimiento de que el acto probablemente violará tal interés”; o Quintano Ripollés⁴: “toda transgresión del Derecho Internacio-

³ Law of the Nüremberg Tribunal. A.J.I.L. 1947. Página 56.

⁴ Citado por Lledó Vásquez, Rodrigo. *Derecho Internacional Penal*. Ediciones Congreso. Página 90.



nal entrañando sanción penal". Pero muchísimas cuestiones, como la aplicación de las máximas tradicionales –el principio de legalidad del delito y de la pena–, han quedado en nebulosas conceptuales, reconducidas, en los hechos, a dos alternativas de soluciones empíricas.

Una, sobre la base clásica de la aplicación de los principios de territorialidad, personalidad y universalidad por los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los Estados, atribuyéndose vocación normativa y jurisdicción, por éstos –bien directa y autónomamente, bien en cumplimiento de obligaciones emanadas de convenciones internacionales ratificadas–, a sus propios sistemas jurídicos y a sus tribunales⁵, de modo que el sentido y alcance de las máximas aquéllas son los propios de éstos, dependiendo la cuestión, entonces, de las raíces de unos u otros. Son muy diversos, en este orden, los sistemas de common law, islámicos o romanistas.⁶

Y otra, la solución que es propia de la fuerza, esto es, la del vencedor o del poderoso, conociéndose, en este orden, dos variantes.

La primera versión fue la muy conocida del Tribunal de Nuremberg, severamente criticada por la doctrina más técnica y menos política.⁷ Por ejemplo, Jiménez de Asúa: "el definitivo obstáculo para que pueda considerarse válida en Derecho la justicia hecha en Nuremberg, proviene de haberse violado el principio *nullum crimen, nullum poena sine previa lege*, y de haber dado indebidamente efecto retroactivo a una ley penal de gravísima trascendencia", aunque esto último haya ocurrido también mucho más recientemente.⁸

Y la segunda, más moderna, en el caso del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, creado por la Resolución N° 808, de 22 de febrero de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la base de la atribución que se dijo conferida por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que admite al dicho Consejo de Seguridad la adopción de medidas para mantener la paz o la seguridad internacional; pese a la dudosa legitimidad de la potestad de creación y a las reservas de algunos Estados, como China y Brasil, el Tribunal fue, de igual modo, establecido en los hechos. Lo propio hizo el poderoso Consejo de Se-

⁵ Ver, del autor, "El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad", en *Actualidad Jurídica*. Año I. N° 1. Enero 2000. Universidad del Desarrollo. Páginas 55 y ss.

⁶ Ver Lledó Vásquez, obra citada, páginas 137 y ss.

⁷ Ver, por todos, Figueroa W., Norma. *El Proceso de Nüremberg*. 1953. Lit. Concepción S.A.

⁸ En el caso del Senador señor Augusto Pinochet Ugarte, el principio de irretroactividad sólo vino a ser claramente admitido en el segundo fallo de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999. Ver *El Caso Pinochet ante las Cortes Británicas*. Editorial Jurídica. Página 71.

guridad mediante Resolución N° 955, de 8 de noviembre de 1994, al establecer el Tribunal Internacional para violaciones cometidas en Ruanda.

A partir de las severas críticas doctrinarias a una y otra variante, en cuanto los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda han implicado una justicia ad hoc y ex post facto,⁹ en relación con la admitida necesidad de una jurisdicción de crímenes internacionales, se ha entendido que “la vía adecuada será el establecimiento de una justicia penal internacional preventiva y de carácter permanente, universal y uniforme”.¹⁰ Esta aquí, entonces, el antecedente preciso del Estatuto de Roma, en cuanto, con todo lo que de crítico diremos más adelante, supera con mucho a aquello de Nuremberg, de la ex Yugoslavia o de Ruanda, puesto que –para decirlo con palabras tenues– en estos tres casos quedaron violadas las mínimas garantías jurisdiccionales de todo imputado justiciable: en efecto, “el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado bajo la forma jurídica de un Tratado Internacional, intenta superar estos cuestionamientos”.¹¹

Pero el asunto se inserta en una línea todavía más amplia, desde que no se limita a la órbita penal. Como ha dicho el Decano Rodríguez Grez,¹² “todo revela que el mundo marcha hacia la construcción de un derecho supranacional”, aunque no deba olvidarse, nunca, que “esta loable intención debe abordarse de modo que todos los Estados en un mismo acto o en actos paralelos vayan limitando su soberanía en función de una soberanía universal”, esto es, en contrario, “la construcción de un derecho supranacional a partir de la renuncia de ciertos Estados, por regla general los más débiles, a su soberanía, puede abrir camino al sojuzgamiento y el sometimiento de unos en beneficio de otros”.

Hay que admitir, en nuestro concepto, que la jurisdicción anacional de ciertos delitos internacionales ha sido, históricamente, un hecho empírico, impuesto por la fuerza y el poder; luego que tales experiencias han implicado, lamentablemente, una jurisdicción ad hoc y ex post facto, de dudósima legitimidad. Por ende, si el Estatuto de Roma viene a disminuir esas vulneraciones de la juridicidad, se trata de un avance relevante. Con todo, merece también críticas severas, como se dirá.

⁹ Ver Lledó Vásquez, obra citada, páginas 235 y ss.

¹⁰ Lattanzi. Citado por Ver Lledó Vásquez, obra citada, página 236.

¹¹ Mensaje del Presidente de la República. Página 2.

¹² El Tratado Internacional frente a la Constitución y a la Ley. En *Actualidad Jurídica*. Año I. N° 1. Enero 2000. Universidad del Desarrollo. Página 52.

3. Enunciación de contenidos normativos esenciales

En la medida que el Estatuto de Roma consiste en un cuerpo normativo dotado de contenidos orgánicos y funcionales de gran complejidad, es obvio que su análisis pormenorizado supone un estudio dogmático de vasto alcance, que no podemos emprender en esta líneas, que tienen por único objeto referirnos, primero, a su constitucionalidad, y, segundo, a su mérito o demérito en las cuestiones fundamentales; por ello, nos limitaremos, como reza el epígrafe, a la enunciación de sus contenidos preceptivos esenciales, en cuanto éstos se vinculen con las dos temáticas básicas que abordamos en estas líneas.

Cuestiones Orgánicas

La proyectada Corte Penal Internacional, con asiento en La Haya, Holanda, constituye un órgano complejo, desde que se compone de diversas unidades funcionales, que, coordinadas entre sí, constituyen un sistema de investigación y jurisdicción que, en lo formal, es independiente y autónomo.

En efecto, las facultades de investigación, y, en general, de ejercicio y sostén de la acción penal internacional, competen a la Fiscalía, sujeta ésta a la necesidad de autorización de obrar, que corresponde a la Sala de Cuestiones Preliminares. El Fiscal debe ser elegido por la Asamblea de Estados Partes, con una duración de nueve años en el ejercicio de la función y no puede ser reelegido; la propia Asamblea puede removerlo. Las potestades de juzgamiento competen a la Sala de Primera Instancia y a la Sala de Apelaciones, cuyos Magistrados también tienen una duración de nueve años en el ejercicio de sus funciones y deben ser, necesariamente, nacionales de algún Estado Parte del Tratado. Las facultades generales de coordinación sistémica corresponden a la Presidencia.

Competencia Abstracta

Quedan sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional los más graves de los crímenes internacionales, que el propio Estatuto singulariza: i) genocidio, definido en la misma forma prevista en la Convención Internacional para su Prevención y Sanción, de 1948; ii) crímenes de lesa humanidad, cometidos en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, entre ellos, la tortura, el asesinato, la desaparición forzada de personas, la persecución de grupos por motivos políticos y el apartheid; iii) crímenes de guerra, conforme a los Convenios de Ginebra de 1949, sea tratándose de conflictos armados internacionales, como nacionales; y iv) agresión, que, empero, no quedó definido, de

modo que el sistema jurisdiccional no operará hasta la definición del tipo penal respectivo y su incorporación al Estatuto.

Presupuestos Concretos de Operación de la Competencia Abstracta

La operación efectiva de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional supone necesariamente la concurrencia de una u otra de dos condiciones alternativas: i) que el Estado en cuyo territorio se cometió el ilícito sea Parte del Estatuto; o, ii) que el Estado de nacionalidad del sujeto imputado sea Parte del Estatuto.

Irretroactividad

El Estatuto admite el principio de irretroactividad del tribunal y de la sanción penal, en términos tales que sólo operará respecto de delitos internacionales cometidos después de su entrada en vigor, que supone el depósito del instrumento de ratificación de sesenta Estados, a lo menos.

Imprescriptibilidad

Queda establecida para todos los delitos de competencia abstracta de la Corte Penal Internacional, la cual, además, no está sujeta en modo alguno a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes.

Iniciativa de Investigación y Autorización de Obrar

Tratándose, evidentemente, de delitos sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional, el Fiscal puede recopilar información acerca de todo acto de apariencia punible, y, con ello, determinar la plausibilidad de una investigación formal; sin embargo, para llevar ésta adelante, debe recabar y obtener la anuencia de la Sala de Cuestiones Preliminares.

La Corte Penal Internacional, entonces, por medio de la coordinación funcional de su Fiscal y de su Sala de Cuestiones Preliminares, dispone, así, de iniciativa de obrar, aun sin necesidad de requerimiento de los Estados Partes o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por medio de la atribución de tales poderes, se ha pretendido aumentar la eficacia del sistema jurisdiccional destinado al juzgamiento y castigo de los más graves crímenes internacionales.

Intervención Externa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

El Consejo de Seguridad puede someter el conocimiento de determinados asuntos a la Corte Penal Internacional, para el procesamiento de su Fiscalía y de sus Salas.

Empero, como antes se expresó, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la base del Capítulo VII de la Carta, que le dota de la potestad de adopción de medidas para mantener la paz o la seguridad internacional, ha entendido, de hecho, que puede crear órganos jurisdiccionales ad hoc y ex post facto; pues bien, es importante tener en cuenta que, como lo ha precisado el Presidente de la República de Chile,¹³ "tal facultad del Consejo no se ve afectada por el establecimiento de la Corte".

De manera que, desde un punto de vista práctico, el perfeccionamiento que introduce el Estatuto de la Corte Penal Internacional es relativo, puesto que todo ejercicio de potestades que incombe al Consejo de Seguridad puede terminar en el simple establecimiento de otro Tribunal Internacional, ad hoc y ex post facto; además, en los hechos y por existir esta factibilidad de creación de otro órgano alternativo, la autonomía de la Corte Penal Internacional puede culminar en una mera declaración jurídica formal, toda vez que sus actuaciones quedarán siempre bajo examen del Consejo de Seguridad, integrado por algunos Estados, entre ellos, como Miembros Permanentes, los más poderosos.

Por otro lado, el Consejo de Seguridad puede requerir a la Corte la suspensión de un determinado procedimiento, por el lapso de un año, sea que aquél se encuentre en fase de investigación o en sede de juzgamiento; debiendo concurrir los votos contestes de sus cinco Miembros Permanentes.

En síntesis, entonces, la Corte Penal Internacional, por medio de mecanismos de hecho, presenta subordinación práctica al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En efecto, éste puede, si lo estima, someter un asunto a la dicha Corte. También puede, sea respecto de asuntos planteados por él mismo o por otra vía, suspender hasta por doce meses el funcionamiento de la Corte. Y, por último, puede, con o sin previa suspensión, crear otro órgano jurisdiccional ad hoc y ex post facto. Parece evidente, entonces, que, en una perspectiva de análisis de política internacional —esto es, de realidad—, las actuaciones de la Corte quedan bajo examen del Consejo de Seguridad, y, con ello, de los países más poderosos del mundo.

Principio de Complementariedad

Al menos en el orden de las declaraciones jurídicas formales, la Corte Penal Internacional es un órgano jurisdiccional complementario de los sistemas judiciales nacionales e internos de los Estados, que sólo se agrega o adiciona a éstos, para complementarlos, de modo que aquélla puede actuar sólo en los siguientes casos: i) los órganos jurisdiccionales internos no pue-

¹³ Mensaje. Página 3.

den funcionar –en razón de disturbios internos graves–; o ii) pese a su funcionamiento efectivo, no se encuentran en condiciones de administrar una justicia imparcial e independiente.

Por ello, en opinión del entonces Presidente de la República, señor Frei Ruiz Tagle, “en la medida que el sistema judicial de un Estado se atenga a las normas internacionales y sancione real y efectivamente a los autores de los delitos dentro de su competencia, ésta –la Corte Penal Internacional– no debería inmiscuirse en el funcionamiento de esos tribunales nacionales, ni cuestionar sus procedimientos”.¹⁴

Principio de Cosa Juzgada

El Estatuto respeta, al menos en el orden de las declaraciones jurídicas formales, la institución de la cosa juzgada, en el sentido que la Corte Penal Internacional no encausará a nadie que haya sido juzgado por otro tribunal, a menos que este último proceso: i) obedezca al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte; o ii) el proceso en cuestión no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial –de acuerdo con las garantías judiciales reconocidas por los principios de Derecho Internacional– o lo hubiere sido de un modo incompatible con la recta intención de someter a la persona imputada a la acción de la justicia.

Decisión de Admisibilidad

La decisión acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de la operación efectiva de las potestades de investigación y juzgamiento de la Corte Penal Internacional, compete a ella misma; y, entre los factores de base de esa declaración, debe considerar y decidir acerca de la aplicación de los principios de complementariedad y cosa juzgada a los casos específicos que se le sometan. Empero, su decisión es autónoma y no depende del Estado Parte cuya actuación jurisdiccional quede cuestionada, al que sólo le es permitido plantear la inadmisibilidad, a cuyo respecto decide, sin embargo, la propia Corte.

Penas

Quedan contempladas en el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional, que puede aplicar las de reclusión hasta por treinta años, la reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del delito y las condiciones personales del imputado; multa y decomiso de bienes; las sanciones privativas de libertad serán ejecutadas por el Estado que la propia Corte designe.

¹⁴ Mensaje. Página 7.

Asamblea de los Estados Partes

Debe reunirse, ordinariamente, una vez al año, y, extraordinariamente, cada vez que las circunstancias así lo requieran; tiene rol en la elección de Fiscal y Jueces –votación secreta– y en las cuestiones de orden financiero.

4. Inconstitucionalidad

En nuestro concepto e independientemente del mérito o demérito de la iniciativa de Acuerdo de Aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, propuesta por el entonces Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz Tagle, al Congreso Nacional, aquélla no se ajusta a la normativa suprema chilena, claramente diseñada en la Carta de 1980, de modo que debiera supeditarse, necesariamente, a una previa reforma constitucional, tal como acaeció con la creación del Ministerio Público, que requirió de la introducción de los artículos 80 A y ss., así como de la alteración de otros preceptos específicos.

Parece fuera de toda duda normativa la circunstancia que los Poderes Colegisladores, al tenor del artículo 5° de la Constitución, son autoridades del Estado chileno, encargados, simplemente, del ejercicio de la soberanía, cuya titularidad radica en la Nación y no en aquéllos. De lo que deriva, de suyo, que el ejercicio del poder soberano por tales autoridades, en sus respectivos ámbitos funcionales, como la negociación, conclusión, firma, aprobación y ratificación de tratados internacionales, se encuentra afectado por una limitación esencial e implícita: el órgano que, por mandato ajeno, ejerce una determinada potestad –el poder soberano de la Nación– no puede operarla de un modo que implique su abdicación o renuncia, toda vez que la asignación del ejercicio de una cierta facultad autoriza su administración y no su enajenación o disposición.

Es posible, desde luego, agregar a lo dicho más de alguna complejidad técnica alambicada, pero ello es ocioso, desde que el concepto jurídico preciso es, exclusivamente, el que ha quedado expuesto: nunca un representante puede privar a su representado de la fuente originaria de sus potestades jurídicas –la soberanía nacional– a partir de las cuales, precisamente, ha podido construirse la posibilidad técnica de la representación. “Ningún gobernante, ni siquiera legítimo, tiene un cheque en blanco”,¹⁵ se ha dicho, sobre la base de las enseñanzas, todavía vigentes, de Locke.

Es evidente, a partir de los contenidos normativos precedentemente enun-

¹⁵ Pereira Manut, Antonio-Carlos. *Teoría Constitucional*. Editorial Jurídica Conosur Limitada. Página 70.

ciados, que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional implica la atribución de la potestad de juzgar hechos de apariencia punible, que pueden ocurrir en el territorio nacional, a un órgano jurisdiccional absolutamente exógeno al ordenamiento constitucional chileno, que no se encuentra sujeto a los controles políticos y jurídicos que son propios de éste, y que, adicionalmente, puede revisar las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos, a propósito de las cuestiones de complementariedad y cosa juzgada.

Como ha explicado, con detalle, el Profesor don Raúl Bertelsen Repetto,¹⁶ los actos de transferencia de determinadas cuotas de soberanía a órganos exógenos al ordenamiento institucional interno de las comunidades soberanas requieren necesariamente de normas constitucionales que las autoricen de un modo expreso, tales como el artículo 24 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, el artículo 20 de la Constitución Danesa, el artículo 25 bis de la Constitución de Bélgica o el artículo 75 de la Constitución Argentina. Este tipo de reglas carece de existencia en la Constitución Política de 1980, pese a que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en su tiempo, no pudo menos que tener en cuenta que, en nuestra experiencia constitucional histórica, el intento de introducción de este tipo de instituciones, proveniente del entonces Presidente de la República don Eduardo Frei Montalva, no tuvo éxito, en definitiva.

Así entendido, el Proyecto de Acuerdo propuesto por el entonces Presidente Frei Ruiz Tagle al Congreso Nacional, viola categóricamente las reglas de los artículos 5°, 6° y 7°, de la Constitución Política de 1980, puesto que los órganos del Estado no pueden ejecutar actos de renuncia, abdicación, enajenación o disposición de la soberanía nacional, desde que les está atribuido su ejercicio y no su titularidad.

Los argumentos que se han planteado a favor de la constitucionalidad de la iniciativa carecen, en nuestra opinión, del más mínimo asidero, en una técnica constitucional sana.

En primer lugar, se ha dicho que la soberanía nacional queda adecuadamente resguardada, en razón de la complementariedad de la Corte Penal Internacional, prevista expresamente, como se ha dicho, en el Estatuto de Roma, de suerte que aquélla no está destinada a substituir a los órganos jurisdiccionales internos, sino a complementarlos, en los casos ya descritos. Se trata, éste, de un argumento meramente discursivo y exento de substancia, desde que, como antes se expresó, es la propia Corte Penal

¹⁶ Informe Constitucional. Transferencia de Soberanía a Organismos Internacionales. Informe 1.994 de 18 de mayo de 1999.

Internacional, independientemente del criterio del Estado Parte cuyos órganos jurisdiccionales queden eventualmente afectados, la que debe decidir, en sede de admisibilidad, acerca de la concurrencia o inconcurrencia de los supuestos propios de la operación complementaria, esto es, del defecto de los Tribunales Nacionales. Lo propio ocurre en el caso que la dicha Corte Penal Internacional pretenda juzgar a un imputado que ha sido antes objeto de procesamiento por los órganos jurisdiccionales internos, como también se ha explicado. En síntesis, el Presidente Frei Ruiz Tagle propuso al Congreso Nacional que apruebe el otorgamiento a un órgano supranacional de potestades de revisión y corrección de las decisiones jurisdiccionales de nuestros Tribunales Nacionales, en términos tales que el Estado chileno no podrá oponerse a la decisión que, en torno a estos aspectos, adopte la Corte Penal Internacional. Y, siendo esto así, la complementariedad no es un argumento que permita obviar la objeción de constitucionalidad, porque la aplicación del principio aquél es cuestión que, en concreto, queda entregada a un órgano exógeno.

En segundo lugar, se ha dicho que si bien el artículo 5° de la Constitución establece que el ejercicio de la soberanía ha de realizarse por las autoridades que el propio cuerpo supremo establece, y que, con arreglo al artículo 73, la facultad de juzgamiento de las causas criminales compete a los tribunales que disponga "la ley", ocurre que los tratados internacionales deben aprobarse del mismo modo que "la ley", de manera que ellos mismos pueden, por consiguiente, establecer a órganos supranacionales como tales tribunales. En nuestro concepto, se trata éste del más criticable de los argumentos que hayan podido plantearse, por dos razones. En primer lugar, porque consiste en un discurso meramente formal, que se apoya exclusivamente en el elemento literal de interpretación, obviándose toda consideración sistemática y teleológica. En efecto, es de toda evidencia que la atribución a los Poderes Colegisladores de facultades abdicativas de la soberanía nacional ha requerido de un precepto explícito, y es igualmente llano que el Poder Constituyente ha concebido a los Tribunales como órganos internos, sujetos a los controles políticos y jurídicos propios de nuestro cuidadoso sistema constitucional; tanto así que en el artículo 79, en una fórmula evidentemente global, ha aludido a los "Tribunales de la Nación", subordinándolos, por añadidura, a la superintendencia del máximo de todos ellos. Y, en segundo lugar, porque el argumento bajo examen es constitutivo de un evidente resquicio de hermenéutica, instrumento que tiende a desvirtuar el sano espíritu del ordenamiento jurídico, siendo, por ende, tremendamente riesgoso para el imperio del derecho.

Y, en tercer lugar, se ha dicho que el Proyecto de Acuerdo en cuestión tendría amparo constitucional en la regla del artículo 5° de la Constitución Política, en cuanto ordena la promoción y el respeto de los derechos hu-

manos admitidos en tratados internacionales ratificados por Chile, cuyo es el objeto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; derechos humanos que, de otra parte, constituyen un límite constitucional a la soberanía nacional. La materia ha sido profundamente analizada por la profesora Vivanco Martínez.¹⁷ Se tratan, una –la operación de los derechos humanos como límite a la soberanía nacional– y otra –la transferencia de soberanía a órganos supranacionales–, de cuestiones conceptualmente muy diversas, que no presentan entre sí una conexión lógica, en esta perspectiva. En efecto, la primera implica, en esta mira, que todo órgano jurisdiccional que deba conocer acerca de determinado asunto en que se imbriquen los derechos humanos admitidos en los Tratados Internacionales ratificados debe, necesariamente, otorgarles primacía, en términos tales que ningún atentado puede ser validado, pese a que busque amparo en la soberanía nacional. Empero, ello es muy diverso de entender allí implícita la viabilidad constitucional de autorizar la revisión de las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos por otros órganos jurisdiccionales exógenos, desde que, si así se entendiera, sería también admisible la revisión de las decisiones de éstos y, así, ad eternum, fenómeno contradictorio con la clausura de juicio que es propia de la función jurisdiccional.

Por consiguiente, en nuestro concepto, el Proyecto de Acuerdo en examen supone, necesariamente, una reforma constitucional que autorice expresamente la transferencia de cuotas determinadas de la soberanía nacional a favor de órganos jurisdiccionales supranacionales, en las condiciones y con los requisitos que se determinen.

5. Opinión de mérito

Despejada la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, supuesta la necesaria reforma de nuestra Carta Fundamental, resta pronunciarse acerca del mérito o demérito de la idea de concurrir al Tratado Internacional en cuestión, que implica, como está dicho, la cesión de una relevante cuota de la soberanía nacional a un órgano supranacional y ajeno al control del Estado chileno.

Retornemos, entonces, a las generalidades conceptuales y antecedentes empíricos de que tratamos al inicio. En este contexto, tal como se anunció, nosotros entendemos de toda evidencia que el establecimiento de una Corte Penal Internacional, sobre la base de los principios de generalidad y abstracción –que se opone a la justicia ad hoc–, preconstitución –que se opone a la justicia ex post facto–, irretroactividad y legalidad del

¹⁷ Informe en Derecho. Solicitado por la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados. 31 de agosto de 1999.

delito y de la pena, constituye un avance categórico en el Derecho Internacional Penal, si se le compara con la evidencia histórica y empírica –Nuremberg, ex Yugoslavia y Ruanda–, expuesta al comienzo de estas líneas, que puede resumirse, simplemente, en la imposición del vencedor sobre el vencido y del poderoso sobre el débil, esto es, a la contradicción más palmaria de la recta concepción del fenómeno jurídico, que radica, en síntesis, en el equilibrio de los sujetos de derecho, independientemente de sus atributos de fuerza y de poder.

Sin embargo, pese a la consideración, en el Estatuto de Roma, de los importantes y sanos principios garantísticos precedentemente enunciados, perseveran instituciones que afectan al equilibrio e igualdad, que, como se acaba de expresar, constituyen elementos integrantes del verdadero fenómeno jurídico. Recuérdese, en este orden, la privilegiada posición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, integrado, entre otros, por las más poderosas de las naciones del mundo, en cuanto puede crear Tribunales Internacionales alternativos, y, además, suspender hasta por un año el funcionamiento de la Corte Penal Internacional en asuntos determinados. De modo que, desde este punto de vista, en una perspectiva de análisis dinámica y de inteligencia política –que suele exceder con mucho, en los hechos, a la operación de las instituciones jurídicas formales–, la autonomía del órgano establecido es, en la práctica, dudosa y débil, desde que la sola existencia de la viabilidad del establecimiento de otro Tribunal Internacional por el Consejo de Seguridad conducirá a una actuación jurisdiccional controlada de hecho, y carente, ergo, de verdadera autonomía. Relacionadamente, el Estatuto de Roma, por lo mismo, no respeta el principio de igualdad de los Estados, derivado de sus soberanías nacionales de rangos equivalentes, puesto que otorga especiales atribuciones a un órgano —el Consejo de Seguridad— que sólo es integrado por algunos de aquéllos.

El Estatuto de Roma, entonces, entraña un avance, aunque insuficiente, en rigor estricto.

Desde otro punto de vista, la abdicación o renuncia de soberanía que implica la concurrencia al Estatuto es, sin duda, enorme, desde que queda autorizada la revisión de las decisiones jurisdiccionales de nuestros tribunales internos, por órganos supranacionales. Recuérdese lo dicho acerca de los principios de complementariedad y de cosa juzgada.

Finalmente, la cuestión de fondo radica en si, desde la perspectiva de una nación pequeña y comparativamente débil, como la nuestra, ha llegado, o no, la hora de adherirse a una soberanía universal en el ámbito criminal, para los delitos internacionales de mayor gravedad, esto es, si el nivel de interacción de la comunidad mundial es uno que haya arribado a un grado

tal de sentido de pertenencia a una misma organización social y a unos similares valores, en términos que justifiquen la abdicación de las soberanías particulares de cada nación, en obsequio de una soberanía supranacional, que no queda estructurada sobre bases equivalentes. El problema es especialmente difícil y de notable actualidad. Como ha dicho en estos días, en Chile, Anthony Giddens:¹⁸ la globalización es “una posibilidad para crear un mundo cosmopolita; la duda o el problema pendiente radica en cómo cada país ingresa al proceso de globalización”. La cuestión que debe resolverse, es, entonces, de perspectiva política. El Estatuto de Roma constituye un avance importante, si se le compara con la evidencia histórica previa; eso no es dudoso. Sin embargo, no se trata de un fenómeno jurídicamente perfecto, porque no respeta la igualdad de las naciones. El asunto radica en determinar, entonces, si se trata de un avance que justifique suficientemente la abdicación parcial de la soberanía nacional. Nosotros no lo creemos así.

Tampoco estimamos llegada la hora de la soberanía universal en el ámbito penal, porque no nos parece que un órgano eventualmente ajeno a las sensibilidades de valores y a las circunstancias de producción histórica de los hechos, pueda emitir, al respecto, un juicio jurisdiccional razonablemente fundado en lo fáctico y en lo jurídico. Los fenómenos de meras apariencias jurisdiccionales son, probablemente, los más peligrosos, porque entrañan los mayores grados de injusticia, en cuanto pueden constituir un fraude colectivo y, por añadidura, universal.

¹⁸ Diario El Mercurio. Cuerpo Artes y Letras. 2 de julio de 2000. Página 4.

Derecho Internacional y Derecho Interno

Fernando Gamboa Serazzi

Embajador

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En las postrimerías del siglo XX hemos asistido a una de las más importantes discusiones jurídicas sobre la primacía de ciertas normas de derecho. El tema no era una novedad. Desde la Edad Media hasta nuestros días la humanidad ha estado dividida, no sólo sobre el origen de normas y principios, sino también sobre el sistema y prelación de ellas para aplicarlas a los sujetos internacionales.

Las diversas teorías derivadas de estas posiciones dieron origen a una diversidad de ellas, pero las principales se basaron en el llamado sistema monista y otras en el sistema dualista. Mientras esta última sostiene la existencia de una diversidad entre las normas internas y las internacionales, la primera explica su existencia en una unidad normativa, tanto interna como internacional, en la cual la mayoría de este grupo de juristas le otorga una primacía a las normas internacionales sobre las de derecho interno.

Estas discusiones se vienen dando desde la Edad Media, acentuándose en tiempos en la defensa casi absoluta de las soberanías nacionales, hoy en día –nuevamente– con enfoques actualizados, buscando posiciones realistas y tratando de establecer un orden que no debilite aun más las soberanías estatales, mientras otros luchan por imponer aquellas normas internacionales para su aplicación a toda la humanidad sobrepasando, o mejor dicho imponiendo, su primacía de aplicación sobre las normas internas de los Estados.

A fines de la última década, hemos visto con asombro como esta lucha ha tomado muchas veces posiciones políticas de momento para demostrar su eficacia.

Este hecho ha ensombrecido una sana discusión jurídica, saliéndose de los cauces académicos, para tomar recursos peligrosos si estos últimos le hicieron caer un posiciones pasionales derivadas de situaciones políticas que han conmocionado al mundo de nuestros días y han dado por el suelo con la implantación –por ahora– de un mundo basado en la justicia y en la paz.

El caso del general Pinochet, ex Presidente de Chile y senador vitalicio de la República, al ser detenido en Londres por una petición de un tribunal español, no sólo volvió a dividir casi por mitades al pueblo chileno, sino que el mundo, conmocionado por las graves violaciones a los derechos humanos en diversas naciones de varios continentes (El Tibet en Asia; Ruanda, Burundi, el ex Zaire y otros en Africa; en la propia Europa en la ex Yugoslavia) vio en este caso, en América Latina y concretamente en Chile, la posibilidad de descargar su conciencia tomando al ex mandatario chileno como un chivo expiatorio para juzgarlo por diversos delitos presuntamente cometidos por él y su régimen, dado que Chile –así dividido– y como país débil ante los fuertes de la humanidad actual, hacía posible establecer un ejemplo para el mundo, para que nadie en el futuro osara destruir la democracia y violar los derechos más sagrados de la propia humanidad.

Desde finales de la Segunda Guerra Mundial los países triunfantes que derrotaron al Eje asumieron el rol de juzgar y conducir a los criminales en esos países que habían cometido crímenes de guerra y grandes violaciones contra grupos humanos que violentaban la conciencia de la humanidad. Los tribunales de Nüremberg y Tokio dieron comienzo a una nueva era jurídica, que se ha caracterizado por establecer y condenar a delitos que antes –en la mayoría de los Estados– ni siquiera estaban contemplados en sus códigos penales.

Nacen así diversas y muy importantes convenciones, como aquellas que condenan el genocidio (auspiciadas por Naciones Unidas) y otras, como las que establecen los delitos en lesa humanidad, contra la tortura, el secuestro y varios otros casos de gran interés.

Esta alabable posición de Naciones Unidas, determinada a borrar de la faz de la tierra estos abominables delitos, ha significado que desde aquellos años 40 hasta nuestros días se sigan dando importantes pasos para consolidar un sistema normativo que, pasando por las fronteras de los Estados y con el apoyo de éstos, pueda castigar a los violadores de estas normas.

En el plano netamente jurídico, despojado de sus ingredientes políticos, resulta fundamental para los juristas de nuestros días luchar por hacer cada vez más nítida y menos controvertida la aplicación de estas nuevas normas.

A raíz de lo anterior, se han suscrito en casi todos los países, entre los cuales nuestra patria, por los sucesos de los años 70 y siguientes, valiosas e interesantes discusiones doctrinarias que han sacado a la palestra los temas de la dualidad normativa o de la aplicación prioritaria de las normas y

principios internacionales, haciéndolos prevalecer sobre las disposiciones nacionales.

La notoria contradicción entre los tratados y las leyes internas en nuestro país, que ha suscitado un grave problema a nuestros tribunales, los cuales han obrado según el tiempo y tendencias ideológicas de sus integrantes en una u otra forma, ha dado lugar a una numerosa literatura interpretativa, lo que deja muy en alto la calidad de nuestros juristas, que han tomado conciencia de la gravedad de sus conclusiones.

Más aún, la contradicción ha ido más allá de nuestras leyes, ya que ha tocado muy en especial también a nuestra Carta Fundamental. Ello ha sucedido no sólo en Chile, sino que en muchos países de diversos continentes, después de la Gran Guerra, al adoptar en sus constituciones una posición sobre la aplicación de las normas internacionales, sean las construidas en tratados o en el campo consuetudinario. La gran mayoría de estas leyes fundamentales han consagrado la prioridad del derecho internacional sobre el derecho interno. Otras, en cambio, sin renegar de los acuerdos internacionales, han fijado procedimientos de adecuación o primacía de sus textos como una defensa de una cierta soberanía estatal en el campo jurídico.

El problema de la primacía de un derecho sobre el otro fue planteado por primera vez en la magistral obra de Triepel titulada "*Volkerrecht und Landesrecht*" en 1899.

Triepel, al separar rigurosamente el derecho internacional del derecho interno, lo basaba en la voluntad colectiva de los Estados (*Vereibarung*), mientras en el derecho interno, su origen quedaba establecido en las constituciones políticas de estos sujetos y en realidades empíricas a las que constantemente acude Triepel en su obra.

Hubo luego autores como el italiano Anzilotti, que llegó a ocupar la residencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que aceptaron la tesis de Triepel. Con posterioridad varios autores alemanes e italianos se agregaron a esta escuela jurídica.

Años después Hans Kelsen y los expositores de la llamada Escuela de Viena abordaron el problema basado en un plano de abstracción mayor aún, desembocando en un monismo radical (Alfred Verdross, entre los más destacados después de Kelsen). Para ellos, toda la estructura jurídica dependía de una norma fundamental, definida por Kelsen como hipótesis necesaria, o gran norma hipotética, de la cual se derivan todas las demás normas, hasta la de menor categoría.

Lamentablemente, hasta la fecha, en el ámbito doctrinario no ha existido unanimidad respecto a estos temas. Por un lado, especialmente algunos constitucionalistas, rechazan la superioridad de las normas internacionales, en especial los tratados, alegando que éstos últimos tienen en muchos países, incluido Chile, el mismo valor normativo que una ley. No existiría una relación jerárquica entre las leyes y los tratados, sino tan sólo una distribución de competencias.

Para varios internacionalistas, en cambio, existe un gran apoyo a la jerarquía monista, en la cual los tratados estarían por sobre las leyes.

No les bastan en su afirmación las teorías kelsenianas, sino basan además su criterio en un texto positivo internacional, esto es, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre tratados de 1969, el cual expresa: "una parte no podría invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

El artículo 46, establece:

1) El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podría ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Las disposiciones legales confirman positivamente la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno; más aún la Convención de Viena de 1969 sobre Tratados ha sido ratificada por una gran mayoría de los Estados miembros de Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra Chile.

No obstante estas dispares posiciones entre juristas, bueno es reconocer que en la práctica se han necesitado graves problemas de interpretación por no haber existido –a mi entender– una mayor claridad en el ámbito positivo, lo que urgiría una aclaración y rectificaciones a nivel tanto internacional como nacional.

Un caso decidido en 1992 por la Corte Suprema argentina nos da un ejemplo del efecto que pueden brindar decisiones de tribunales



internacionales y los tratados sobre la forma de actuar de órganos jurisdiccionales internos.

El caso “Ekmedjian contra Sofovich” –citado por Thomas Buergenthal en su libro “*La jurisprudencia internacional en el derecho interno*”– nos dice que se origina en la demanda presentada por el recurrente por habersele negado ilegalmente el derecho de replica en relación con un programa de televisión que, según él, le resultó moralmente ofensivo y lo lesionó profundamente. La demanda se basó en el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado que fue ratificado por Argentina en 1984. El demandado sostenía que esa disposición no era directamente aplicable o *self-executing* y, por ende, no creaba un derecho de réplica directamente exigible en Argentina.

La Corte Suprema Argentina, en su punto esencial, se refiere al artículo 14.1 de la Convención Interamericana, que transcribió: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.”

En otra opinión anterior de 1988, la misma Corte había expresado que la frase “en las condiciones que establezca la ley” señalaba la necesidad de promulgar legislación para dar cumplimiento al artículo 14 .

En cambio, en este nuevo fallo, la Corte sostuvo que “la convención concedía al particular un derecho de réplica directamente exigible, que Argentina estaba en la obligación de hacer efectivo ese derecho, y que sus tribunales tenían la autoridad necesaria para ello” (citado por Buergenthal, libro cit., pág. 77).

La Corte argentina llegó a esta nueva conclusión basándose ahora en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 1986.

La Corte de San José interpretó el citado artículo 14.1 en la siguiente forma: “que el artículo 14.1 de la convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1 (de la Convención), los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.”

Nos dice Buergenthal; “que la Corte Suprema arribó a estas conclusiones después de un exhaustivo análisis del rango normativo que gozan los

tratados según el derecho argentino. Para lograrlo, se ha apartado en grado dramático del derecho existente sobre la materia. Antes de su fallo, los tratados y las leyes federales gozaban del mismo rango normativo en Argentina, prevaleciendo el de fecha más reciente en caso de surgir un conflicto". En el presente caso la Corte Suprema rechazó esa interpretación y determinó que los tratados debidamente ratificados ya no podían ser revocados por legislación posterior. Fundamentó esa conclusión en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en lo que parece ser una interpretación novel de la Constitución de Argentina" (obra cit., pág. 79).

Para los chilenos, no es dable olvidar las opiniones de aquellos redactores de la Constitución Política de 1980.

Ya en la sesión 368, de mayo de 1978, don Enrique Ortúzar señaló que quedaría pendiente el problema relativo "a si el tratado, como norma jurídica, tendrá valor por encima de la ley interna. Lamentablemente, el Sr. Ortúzar y otros legisladores del momento olvidaban el compromiso de nuestro país contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

En la práctica, sin embargo, se presentan problemas que por lógica, indicarían que la generalidad del principio pudiera tener algunas excepciones.

¿Qué pasa por ejemplo cuando debería aplicarse una ley penal posterior al tratado que beneficia al reo, que está consagrada en textos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica?

De nada vale, a mi juicio, que la doctrina chilena mayoritariamente haya sostenido la igualdad entre leyes y tratados. Desde luego, su aprobación es parecida o igual, pero con una importante excepción: los tratados son aprobados o rechazados por el congreso, pero no pueden ser modificados.

Otro factor que por lógica jurídica y por no caer en responsabilidades posteriores del Estado infractor de un tratado, nos indica que parece absurdo que una ley posterior a un tratado, que sea contraria a este último, lo haga inaplicable, toda vez que la ley tiene su origen y validez sólo en un Estado y en el tratado hay compromisos entre dos o más sujetos internacionales.

Es verdad que en Chile la mayoría de la doctrina a través de nuestra historia ha sostenido que el tratado es jerárquicamente equivalente a la ley. Ello

lo han sostenido juristas de la talla de Andrés Bello, Jorge Huneeus, Alejandro Silva Bascuñan, Patricio Aylwin y varios otros.

El que tan distinguidos tratadistas hayan sostenido esa tesis podría explicarse si se hubieran expresado antes de 1969, pero con posterioridad, estoy por creer que algunos de ellos, hoy vivos, pudieren haber cambiado de criterio.

Cuando el problema se torna más grave es cuando un tratado modifica un texto constitucional, considerado este último como la ley fundamental en que se funda la existencia y fundamento del Estado.

Un tratado que construya disposiciones contrarias a un texto constitucional no debería por principio ser negociado, adherido ni firmado por los representantes del Estado cuya Constitución vaya a ser modificada. Menos aún aprobado por su Parlamento ni ratificado por su Ejecutivo.

Cuando ello ocurriese estaría modificando un texto constitucional de un modo más fácil que por una reforma interna, que requiere quórum especiales y dictámenes sobre su incompatibilidad con el texto internacional del tratado, por los organismos internos pertinentes.

Este problema sería fácilmente subsanable con la exigencia de que su aprobación debería contar con el quórum requerido exigido por la propia Constitución para el caso de pretender ser reformada.

Al respecto, conviene recordar lo resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual manifestó que "un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para substraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes (serie A/B N°44, pág.24).

Tampoco podría el tribunal de un Estado invocar la Constitución Política de éste, si debiera aplicar disposiciones de un tratado vigente y ratificado por dicho Estado.

Sin embargo, en este caso no habría responsabilidad interna del Estado del tribunal, pero podrían activarse acciones de responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado, al estar otros sujetos internacionales involucrados.

¿A qué nos lleva como conclusión este tipo de dificultades? Resulta absurdo que un Estado se mantenga en esta dualidad de obligaciones contradictorias, que implican un serio inconveniente para el tribunal que debe

dictar un fallo, sabiendo por una parte que en esta sentencia hace incurrir a su propio Estado en una responsabilidad internacional y, por la otra, puede dejarse influir por factores ajenos a la justicia, como por ejemplo, políticos y fallos del modo más adecuado a sus posiciones.

Todos sabemos lo que ha significado la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978, que sería contraria con algunas disposiciones de algunos tratados suscritos y ratificados por nuestro país. El cambio de tribunales o más bien, de ministros que deban conocer el caso, evoluciona de acuerdo a criterios políticos más que a criterios estrictamente jurídicos. Sin embargo, no debemos rechazar la idea –de buena fe– que los nuevos magistrados han comprendido la evolución del derecho internacional al respecto y han decidido obrar con diferente criterio al tradicional.

En Chile, la Constitución Política establece el control constitucional de los tratados otorgándole atribuciones al Tribunal Constitucional. Este queda facultado para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se necesitan durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. En ello, nuestra Constitución está de acuerdo con el criterio de la Convención de Viena sobre tratados.

La Constitución de 1980 alude a la incorporación de los tratados internacionales en los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1. El Art. 82 N° 2 alude al control preventivo de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional.

Aprobado un tratado por Chile conforme a nuestro procedimiento constitucional, esto es, por el Congreso Nacional, este último, sin embargo, pierde toda posibilidad para participar en una posible denuncia del tratado que sólo corresponde al Presidente de la República.

Una vez incorporadas en el ámbito interno, las normas internacionales pasan a integrar el derecho chileno.

¿Qué pasa si, con posterioridad, la Constitución fuese modificada y entrara en contradicción con algún tratado vigente para Chile? ¿Primaría acaso la nueva Constitución sobre el tratado, que es norma vigente no sólo para Chile, y en el cual han intervenido otros Estados?

A juicio del suscrito, y coincidiendo con algunos autores, la existencia de normas de carácter "*ius cogens*", que exigen el cumplimiento obligado de los tratados hechos de buena fe, impediría que en forma unilateral un Estado, al modificar su Carta Constitucional, anulara un tratado que tiene carácter internacional, pues significaría pasar por sobre la voluntad de otros Estados.

Debo recordar, en este punto, que aprobado un tratado, siempre debería contar con el control del Tribunal Constitucional para no crear, desde un comienzo, discordancias con la Carta Fundamental, exigiéndose los quórum especiales en el Parlamento, similares a cualquier ley que pretenda modificar la Constitución. Lamentablemente aquí existe un vacío constitucional, porque lo expresado por ésta en su artículo 82 N° 1 sólo se refiere a las leyes orgánicas constitucionales y a aquellas leyes interpretativas de textos de la Constitución.

Un tema que ha sido bastante polémico es el relativo al reconocimiento constitucional chileno al respeto de los derechos humanos, conforme al artículo 5° de nuestra constitución. Por su inciso 2°, el Estado de Chile queda comprometido a respetar y promover tales derechos, ya consagrados en diversos textos internacionales de los cuales nuestro país también es parte integrante.

Su violación, en nuestro país, acarrea responsabilidad internacional del Estado, siempre que le sea imputable a éste esa violación.

¿Puede en este caso, el Estado de Chile, habiendo acuerdo entre Ejecutivo y Parlamento, alterar por modificación constitucional a través de leyes internas, el compromiso constitucional del art. 5°?

A juicio del suscrito, ello sería violatorio de compromisos internacionales contraidos por nuestro país, que por ser además normas de *ius cogens*, anularían frente al derecho internacional todo acuerdo en contrario.

Para finalizar este artículo, sólo deseo destacar las fundadas posiciones adoptadas en defensa de sus tesis por tan destacados juristas nacionales, que corresponden a diferentes visiones de cómo afrontar estos trascendentales cambios que han transformado las relaciones tradicionales entre el derecho interno y el derecho internacional.



Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena



Juan Arab Nessrallah

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

1. Precisiones básicas

1.1. Nacionales

Para analizar la compatibilidad de la legislación chilena respecto del derecho internacional en el ámbito procesal debemos partir del análisis del artículo 5° inc. 2 de la Constitución Política de la República. Según este precepto legal: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Lo cual estudiaremos en los siguientes puntos:

1.1.1. Límites al ejercicio del poder

Según esta norma, la Constitución admite como limitante al ejercicio del poder el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, lo cual trae consigo un doble rol para el Estado; uno de abstención (respeto) y otro de acción (promoción). Lo cual ya estaba contemplado en el antiguo inc. 2 de este artículo al señalar “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Si la enmienda del inciso que se comenta tuvo por finalidad realzar y fortalecer los derechos humanos, no podría concluirse que ella disminuyó la limitación para el ejercicio del poder político, estableciendo que sólo ciertos derechos esenciales iban a constituir límites.

Ahora cabe hacerse la pregunta: ¿Cuáles son estos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana? Los intentos por resolverlo hasta ahora han sido infructuosos, de modo que los catálogos expuestos por la legislación nacional (art.19 Const.) e internacional (tratados internacionales) no obsta a que se adopten nuevos catálogos que consagren nuevos derechos. Hay que tener presente que la positivación de los derechos obedece al

afán de hacer más fácil su ejercicio y goce y por lo tanto más adecuada su protección.

De este modo todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación a la soberanía. Los individuos que invoquen los derechos establecidos ya sea en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes no tendrán que probar que estos derechos son humanos. Por el contrario, si pretenden invocar otros no contemplados en dichos cuerpos legales, tendrán la dificultad de demostrar que ellos también son derechos esenciales.

1.1.2. Rango jerárquico de los tratados internacionales que consagran los derechos humanos

Respecto de este punto, se ha aceptado de manera casi uniforme que tienen rango constitucional, lo que para algunos aparece como inaceptable, teniendo presente que Chile estuvo ausente durante muchos años del inmenso desarrollo del derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos, de modo que no pudo percatarse de la interdependencia en las relaciones internacionales en general y la disminución creciente de la "jurisdicción doméstica".

Concordamos con la mayoría de los autores al considerar que el inciso en cuestión establece una diferencia entre los tratados en general y los de derechos humanos, teniendo estos últimos rango constitucional. Como fundamento a nuestra posición podemos señalar lo siguiente:

– El derecho internacional tenía validez en Chile desde antes de la reforma a este inciso.

Chile no estuvo al margen de la comunidad internacional antes del 17 de Agosto de 1989. En efecto, existían tratados internacionales celebrados entre Chile y otros Estados que tenían validez legal en el país, además los tribunales chilenos aplicaban el derecho internacional consuetudinario y los principios generales, incluso reconocían el *ius cogens* de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en 1981, cuyo artículo 53 establece la nulidad de los tratados que estén en oposición con él.

– El tenor literal de la Constitución de 1980 antes de la reforma.

Como dijimos anteriormente, ya en esta fecha los derechos humanos ocupaban un lugar muy importante en ella y una mejora a ellos sólo podía manifestarse en elevar su rango jerárquico, ya que hasta ese momento tenían un rango desmejorado.

– La diferencia que establece la Constitución entre los tratados en general y los de derechos humanos.

Lo que si bien es cierto no se aprecia a simple vista en el artículo de marras, sí lo es según la historia fidedigna de este artículo. De este modo, la sección V.2. demostró que el propósito de la reforma fue establecer la diferencia entre ambos tipos de tratados, estableciéndose que los tratados de derechos humanos no generan derechos u obligaciones recíprocas entre los Estados, sino que, por el contrario, crean por una parte obligaciones de los Estados para con los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción, los que adquieren a su vez derechos en contra de los primeros, y conceden, por otra parte, derechos a los Estados para reclamar ante las instancias internacionales correspondientes cuando un Estado determinado que es parte ha violado los derechos humanos, lo cual es corroborado por la normativa del derecho internacional de dar un trato diferente a los tratados de derechos humanos en comparación a los multilaterales en cuanto a las normas que los rigen.

1.1.3. Tratados que se consideran incluidos en el art. 5° inc. 2°

Aquí existen dos problemas:

– ¿Se aplica la disposición en cuestión a todo tratado que contenga una norma de derechos humanos o sólo a los que contengan por objeto único o principal la consideración de estos derechos?

La respuesta es clara, debe aplicarse a todo tratado que contenga alguna disposición que proteja estos derechos, ya que lo que pretende reforzar la Constitución son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

– ¿Esta norma se aplica sólo a los tratados que se encontraban vigentes en Chile al momento de la enmienda o también a los que se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad a ella?

Algunos opinan que la aplicación es restringida, es decir, sólo a los tratados vigentes al momento de la enmienda, argumentando a su favor que la Constitución tiene mecanismos procesales de enmiendas diferentes de aquellos que se utilizan para aprobar los tratados.

Otros piensan que también quedan incluidos los que se ratifican y entran en vigencia con posterioridad a la enmienda, mediante la cual se estaría autorizando enmendar la Constitución por medios no contemplados en ella, lo que no es posible.

En nuestra opinión, la primera teoría es la más aceptable, ya que la Constitución contempla diversas maneras de enmienda a sí misma, atendiendo a la naturaleza del asunto. Lo hace así con respecto a los diversos tipos de leyes y no parece haber nadie que estime que ello no le está permitido. Además, si el límite del ejercicio del poder son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los únicos tratados que podrían ser ratificados por Chile son aquellos que perfeccionan y refinan lo ya existente, y si hay acuerdo de la comunidad internacional, del Presidente de la República y del Congreso, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquel que se utiliza para el resto de las normas constitucionales.

1.2. Procesales e internacionales

Para poder iniciar el estudio de los tribunales internacionales respecto a la jurisdicción estatal, cuya compatibilidad con la Constitución chilena ya analizamos, debemos dar algunos conceptos, pues el uso de ciertas definiciones jamás es inocente. Así, primeramente, debemos tratar de acercarnos a un concepto de derecho internacional.

El profesor Orellana Herrera lo define como "un conjunto de reglas, principios y normas a los cuales los Estados soberanos deben atenerse y que son considerados como los más adecuados para el mantenimiento del orden y la justicia, y de cuya violación se hacen responsables recíprocamente y que en la práctica realmente invocan para solucionar las diferencias internacionales". Esta definición aporta un muy importante elemento para la comprensión de lo que es el derecho internacional, al hablarnos de la responsabilidad recíproca entre los Estados. Sin embargo, a la luz de la evolución histórica de esta rama del ordenamiento jurídico, el concepto del profesor Orellana se queda trunco, pues olvida que existen, dentro del derecho internacional, otros sujetos que no son Estados. Esto ocurre porque Orellana distingue entre derecho internacional y organización internacional, aunque reconoce a su vez la estrecha interdependencia de ambos conceptos. Además, casi no reconoce en su análisis que la persona humana es sujeto de derecho internacional, lo cual en la actualidad la gran mayoría de la doctrina acepta, produciéndose la discusión sólo respecto a su carácter de sujeto pasivo, esto es, como titular de obligaciones, y por lo tanto, responsable internacionalmente. Henri Rolin, a su vez, define el derecho internacional como "el conjunto de reglas o instituciones a las cuales la colectividad humana reconoce o atribuye generalmente un carácter de necesidad social y a cuyo título se esfuerza por asegurar su respeto". Esta definición se nos aparece como infinitamente superior, por su carácter omnicompreensivo de las relaciones entre los sujetos de derecho internacional,

pero olvida señalar cuál es el mecanismo mediante el cual la colectividad humana trata de asegurar su respeto, a saber, la responsabilidad internacional.

Una vez acercados a una definición de lo que es el derecho internacional, debemos ya no acercarnos a un concepto, sino definir precisamente que entendemos por jurisdicción, pues de ello dependen las conclusiones a las cuales llegar.

El profesor Fernando Hoyos Henrechson dice que la jurisdicción es “un poder deber del Estado, que, ejercida con sujeción a las formas del debido proceso de Derecho, tiene por objeto resolver litigios, con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución”. Piero Calamandrei, en su libro *“Instituciones del Derecho Procesal Civil”* señala claramente que “Todos los sistemas de producción del Derecho, los mecanismos, por así decirlo, a través de los cuales el Derecho aflora y se revela a los hombres, se pueden, simplificando, reducir a dos: el que se puede llamar de la formulación para el caso en singular y el que se puede llamar de la formulación por clases o de la formulación legal”, o sea, para el maestro Calamandrei, la jurisdicción es la formulación del Derecho para el caso en singular, la cual está en correspondencia con el concepto que nos entrega Carnelutti, quien dice que la jurisdicción “es una función para la justa composición de la litis”, estableciendo ambos ilustres tratadistas la llamada “Teoría funcional de la jurisdicción”, en contraposición con la “Teoría organicista”, que establece como jurisdiccionales todos los actos emanados del Poder Judicial.

Esta doctrina, sostenida principalmente por Carré de Malberg, es inexacta en grado sumo, pues así como del poder judicial no sólo emanan actos jurisdiccionales, sino también actos administrativos, v.gr. autos acordados, también otros organismos que no pertenecen al Estado emiten actos jurisdiccionales, v.gr. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues así lo reconoce el mismo art. 73 de la Constitución Política de la República y el art. 1° del Código Orgánico de Tribunales, al decir que “la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Estos artículos no hacen la prevención que el profesor Hoyos realiza tácitamente al decir que la jurisdicción es un poder deber del Estado, lo cual se nos aparece como un concepto exclusivo y excluyente. En cambio, la propia legislación chilena establece que los tribunales establecidos por la ley (y los tratados internacionales son leyes, independiente de la discusión de si tienen rango constitucional, supraconstitucional o simplemente legal) ejercen jurisdicción, entendida ésta bajo la óptica de la doctrina de los tratadistas italianos ya mencionados.

Ahora nos falta precisar los conceptos de proceso, acción y excepción, para poder trabajar sobre bases firmes en la relación existente entre los tribunales nacionales e internacionales.

Proceso, según el profesor Pfeiffer, es "un conjunto sucesivo de actos de las partes de un conflicto de relevancia jurídica, de ciertos terceros y del tribunal, desarrollados en forma progresiva ante este último, de acuerdo con las normas de procedimiento que la ley en cada caso señala, a través del cual el juez desempeña la función jurisdiccional que le ha encomendado el Estado, cuyo ejercicio normalmente concluye con la dictación de la sentencia definitiva, en la cual éste consigna la solución del asunto controvertido". Sin embargo, al hablar de la función jurisdiccional dice que el Estado es quien la encomienda, lo cual es verídico, pero olvida decir que el Estado lo hace a través de la ley, pues de lo contrario se puede caer en el error del profesor Hoyos, que ya hiciéramos presente. Además, no señaló que si no hay debido proceso no hay proceso, sino un acto arbitrario con apariencias judiciales. El profesor Pfeiffer quizás subentendió éste dentro de "las normas de procedimiento que la ley en cada caso señala", lo cual nos parece que, de ser así, sería inexacto, pues no hay que olvidar que el legislador es humano, y puede dentro de la misma ley cometer arbitrariedades tales como violentar flagrantemente, como lo ha hecho, elementos del debido proceso, tales como la imparcialidad del tribunal, v.gr. tribunales tributarios.

Acción y excepción son los últimos conceptos que analizaremos, debiendo aclarar inmediatamente que no por ser los últimos son los menos importantes, sino por el contrario, los consideramos indispensables para el planteamiento de nuestra tesis.

Acción, según la teoría clásica, "es un derecho que tiene por virtud reparar o restablecer un derecho violado". Según los tratadistas alemanes, la acción es un derecho autónomo del derecho sustantivo o material, de carácter concreto, que exige como presupuesto necesario la existencia de un derecho sustancial violado. Nos adherimos, a pesar de las críticas de las que ha sido objeto, a la teoría del profesor Couture, quien señala que "la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión", cuyo concepto es consecuencia del derecho constitucional de petición. Sin embargo, debemos señalar que en Chile el derecho a la acción (art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República) es autónomo del derecho de petición (art. 19 N° 14 de la Constitución Política de la República). Leído a contrario sensu, tenemos claro el concepto de excepción, que no sería más que el poder jurídico que asiste al recurrido de provocar el ejercicio de la jurisdicción poniendo en conocimiento del tribunal su contra pretensión.

1.3. Tribunales internacionales

Son aquellos organismos jurisdiccionales de carácter supraestatal que juzgan aquellas materias sometidas a su conocimiento mediante el acuerdo entre dos o más Estados, o mediante el solo ministerio de la ley internacional, haciéndose esta distinción en virtud de quienes sean los legitimados activo y pasivo. Como ya sabemos, el uso que se hace de las palabras jamás es inocente, y ésta no es la excepción, por lo cual debemos también hacer la siguiente aclaración: cuando hablemos de tribunales internacionales siempre estaremos hablando de organismos supraestatales que ejercen jurisdicción sobre asuntos que comprometan el interés de la sociedad internacional, v.gr. amenazas a la paz, violaciones a los derechos humanos, y no nos estaremos refiriendo a los tribunales establecidos por acuerdo de personas naturales o jurídicas, v.gr. tribunales arbitrales de comercio, pues necesitaríamos un larguísimo estudio para hablar de ellos, además que éstos carecen del carácter supraestatal que les atribuimos a los tribunales internacionales.

Otra prevención que debemos hacer está referida a la alusión que hacíamos al "sólo ministerio de la ley internacional", frase que debe entenderse hecha en forma exclusiva y excluyente para los tratados internacionales y bajo ningún punto de vista a las demás fuentes del ordenamiento internacional, v.gr. "ius cogens", ni aún a pretexto de norma de reenvío dentro de un tratado internacional, como sería el ejemplo del art. 64 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que dice "si surge una nueva norma imperativa del derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará". La suposición contraria nos llevaría a un grado de incertidumbre jurídica inaceptable, en especial en materia punitiva.

Una vez hechas todas esas salvedades, procedamos a realizar una clasificación (recordando que Borges nos hizo ver que toda clasificación de por sí es arbitraria) de los tribunales internacionales.

a) Tribunales para dirimir contiendas entre Estados

El principal objetivo de estos tribunales es impedir la autotutela dentro del tráfico internacional, y una vez que ésta se ha producido, restablecer, por todos los medios a su alcance, el imperio del derecho. Este concepto, no lo ignoramos, es altamente idealista, si se considera que los fines del derecho son el orden, la paz, seguridad y justicia, pues los tribunales internacionales, por ser todavía imperfectos, muchas veces han pasado a llevar la justicia en aras del orden y la paz. Sin embargo, no por ello debemos negar tajantemente su carácter jurídico, pues también han tenido efectos bas-

tantes benéficos, siendo el ejemplo más claro la sentencia sobre el asunto Corfú.

Debemos señalar dentro de este tipo de tribunales primeramente a la Corte Internacional de la Haya, que según el art. 2 de su estatuto se define como "un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en derecho internacional", definiendo su competencia en los arts. 34 inc. 1° y 36 inc. 1° del estatuto, de cuya conjugación armónica se desprende que sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte, siendo de su competencia todos los litigios que las partes le sometan y todos los asuntos especialmente previstos en la carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes, siendo este principio aplicable con mucha mayor razón a los tribunales que tengan por objeto juzgar a personas naturales por crímenes de carácter internacional, pues el principio de legalidad permite un alto grado de certeza jurídica indispensable en el caso de un tribunal penal internacional, punto al cual nos hemos de referir en su oportunidad.

Por último, señalemos al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aunque su carácter de tribunal es discutible, pues, a pesar de tener potestades jurisdiccionales, el derecho a veto del cual gozan las grandes potencias hacen que sus decisiones tengan un tinte mucho más político que jurídico. Excluimos a la Asamblea General por su carencia de poder coercitivo.

b) Tribunales para dirimir contiendas entre Estados y personas naturales

Para nuestro estudio, sólo analizaremos aquellos ya reconocidos por el Estado de Chile, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos tribunales tienen como objetivo proteger a las personas naturales de las manifiestas denegaciones de justicia que afectan de manera sustancial alguno de los derechos que la ley internacional reconozca como fundamentales. Además, como ya lo señalamos, los tratados internacionales que garantizan derechos fundamentales son un límite para la soberanía de la Nación. Se puede controvertir su carácter de organismo jurisdiccional por su eventual carencia de medios coercitivos eficaces. La responsabilidad internacional nos parece un medio hoy en día de relativa eficacia, que a medida de que se perfeccione el derecho internacional alcanzará eficacia plena.



c) Tribunales que juzgan personas naturales por crímenes de carácter internacional

Aquí es de capital importancia el principio de legalidad, por lo cual los tribunales especiales creados por el Consejo de Seguridad para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda aparecen claramente como antijurídicos por las siguientes razones:

- Son tribunales creados con posterioridad a la perpetración de los delitos que pretenden juzgar.
- No se encuentra dentro de las potestades del Consejo de Seguridad la creación unilateral de estos tribunales, por tanto, al excederse de su competencia, el acto en cuestión es nulo.
- Las penas para los delitos contra la humanidad aún no han sido establecidas dentro de la normativa internacional, por lo cual se viola con su juzgamiento el principio "*nula poena sine lege*".

Ahora bien, se nos produce el problema al hablar de la Corte Penal Internacional, que presenta todos los requisitos de organicidad para ser un tribunal legítimo. Además, al igual que los tribunales que dirimen contenciosas entre personas y Estados, tienen carácter subsidiario, como expresamente lo dispone el art. 17 de su estatuto. Sin embargo, el problema se da debido a que en el caso de la Corte Penal Internacional su carácter de subsidiario es incompatible absolutamente con nuestro ordenamiento constitucional, pues las decisiones de los Tribunales de Justicia tienen eficacia de cosa juzgada, constituyendo una verdadera garantía para el afectado. Este problema, que en el caso de los tribunales nombrados en el número 2 no tiene importancia (pues el Estado no es titular de derechos esenciales, sino accidentales), es de capital trascendencia al analizar esta Corte. Si los tribunales de justicia chilenos establecen la no culpabilidad de una persona por un crimen contra la humanidad, ¿podría otra Corte señalar lo contrario, bajo pretexto de que el juicio haya sido incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia? ¿No es, por decir lo menos, arriesgado dejar a los chilenos a merced de un organismo que no está ajeno a las vicisitudes de la política internacional? ¿Quién asegura que esta Corte no tendrá en sus fallos consideraciones extrajurídicas?

Objeto de nuestro estudio únicamente serán la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, pues son las más representativas de los problemas que genera la jurisdicción internacional con respecto a la jurisdicción nacional.

2. Corte Interamericana de los Derechos Humanos

2.1. Aspectos generales

Como ya lo señaláramos, esta Corte es un tribunal para dirimir contiendas entre Estados y personas naturales, pero olvidamos que, por excepción, también acogen a su conocimiento controversias interestatales, basándose en las reglas de la reciprocidad, de no haber firmado el Estado recurrido el protocolo facultativo para ello.

Su compatibilidad con el derecho chileno es discutible, no tanto por su intromisión en las facultades de los tribunales de nuestro país, pues no ejercen medidas coercitivas sobre ellos, sino más bien por las presiones que puedan, eventualmente, realizarse en contra del Congreso Nacional.

La norma del art. 42 de la Constitución Política de la República no es tan excluyente como la del art. 73 del mismo cuerpo legal; éste último señala que ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden ejercer función alguna que corresponda a los tribunales. Ahora bien, como ya lo indicamos anteriormente, los órganos del Poder Judicial, como los de toda persona jurídica de Derecho Público, deben ser creados por ley. Los tratados internacionales son leyes, y por tanto son válidos como tales. El primer problema se nos presenta por el art. 79 de la Constitución Política de la República, que le da la superintendencia directiva, correccional y económica a la Corte Suprema de todos los tribunales de la nación. Obviamente, dentro de la voz "tribunales de la nación" no cabe la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni ningún organismo jurisdiccional de carácter supraestatal y, por lo demás, atentaría gravemente contra su propia esencia suponer lo contrario. Se nos podría replicar que, al no tener la Corte Suprema atribuciones de superintendencia sobre ellos, y al revisar estos tribunales sus decisiones, estos últimos ejercerían una especie de superintendencia conservadora (en el sentido que lo entendió el Código Orgánico de Tribunales y la Constitución de 1883, de la cual nuestra carta magna actual es tributaria) sobre la mismísima Corte Suprema. Aquí es dable citar al viejo sabio Sun Tzu, que en su libro *"El arte de la guerra"* nos da una máxima que trataremos de aplicar en este análisis: "Por lo tanto, las consideraciones de la persona inteligente siempre incluyen el beneficio y el daño. Cuando considera el beneficio, su acción se expande; cuando considera el daño, sus problemas pueden resolverse" ¿Cuáles son los beneficios?

Los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana siempre se encuentran en riesgo de ser pasados a llevar por parte del Estado, en aras de un malentendido "bien común", olvidando que entre este último y el

bien individual no puede existir contradicción ontológica. A veces puede suceder que el poder judicial nacional, entendiéndose como parte del Estado, haga primar consideraciones fatuas de la administración en el sentido señalado, por sobre la verdadera justicia. Aquí nos permitimos recordar las palabras del Papa Juan XXIII en su encíclica "Pacem in Terris" sobre el particular: "Un error en el que se incurre con bastante frecuencia está en el hecho de que muchos piensan que las relaciones entre los hombres y sus respectivas comunidades políticas se pueden regular con las mismas leyes que rigen las fuerzas y los seres irracionales que constituyen el universo; siendo así que las leyes que regulan las relaciones humanas son de otro género y hay que buscarlas donde Dios las ha dejado escritas, esto es, en la naturaleza del hombre". Como lamentablemente los jueces de la nación pueden olvidar tal máxima, es recomendable dar el mayor número de resguardo a las personas, para evitar tales aberraciones jurídicas. La Corte Interamericana, si bien no constituye instancia ni puede revocar los fallos de los tribunales chilenos, bien puede reparar los daños que éstos pudieren provocar, a través de la responsabilidad internacional, ya como último recurso.

Tanto la Corte como la Comisión (organismo este último encargado de efectuar el examen de admisibilidad) pueden efectuar "recomendaciones" al Estado chileno para el perfeccionamiento de su legislación. Sin confundirlas con el "lobby" realizado por ciertos grupos de presión en pro de sus intereses, estas recomendaciones debe ser altamente consideradas, pues están avaladas por el prestigio de los mejores juristas de la Hermandad Americana. Sin embargo, por ello mismo, señalaremos cuáles pueden ser los daños de aceptar sin espíritu crítico esta nueva institución.

Los daños que en nuestra opinión deben tenerse en consideración son los siguientes:

– Estas "recomendaciones", por muy loables que sean, tienen un efecto altamente pernicioso, pues tienen un carácter vinculante indirecto. La responsabilidad internacional que acarrea la no acogida de estas órdenes encubiertas es una presión sobre el Congreso Nacional, atentando contra el principio de especialidad que rige las actuaciones públicas. O se es o no se es tribunal, pero no puede ser nadie ambas cosas al mismo tiempo. Sabemos bien que esta afirmación es discutible a la luz del art. 48 N° 2 y 49 N° 1 de la Constitución Política de la República y del art. 5° del Código Civil, pero las normas contenidas en tales disposiciones legales no importan una intromisión en las atribuciones de una u otra función pública, pues la acusación constitucional no es un juicio político, como ha dado en llamársele (el estudio realizado por el distinguido académico Eduardo Soto Kloss sobre el particular es muy esclarecedor en ese sentido) y la disposi-

ción del art. 5° del Código Civil no es en punto alguno vinculante para el Congreso Nacional, pues incluso las observaciones son entregadas por los tribunales de justicia al Presidente de la República, no al Congreso, y no se establece fiscalización alguna para supervigilar su acogida.

– La carencia de superintendencia sobre la Corte si bien por un lado es lógica, por el otro es en extremo peligrosa. Además, la Corte Interamericana ejerce una superintendencia sobre los tribunales chilenos, como ya lo vimos en el caso “Francisco Martorell contra Estado de Chile” pues con su resolución en ese caso censuró la interpretación, a su juicio demasiado amplia, del artículo 20 de nuestra Constitución Política que realizarán nuestros jueces. Indirectamente señalaron los límites a los cuales debían ceñirse, lo cual, debemos señalar, no tuvo carácter vinculante, pues nuestros tribunales han seguido protegiendo el derecho a la honra por sobre la libertad de expresión, planteando una posición que no se condice con los acuerdos internacionales suscritos por el país. Sin embargo, ¿se condice esta superintendencia con el espíritu de nuestra Constitución? Además, los acuerdos internacionales que establecen tribunales, según nuestra modesta opinión, inciden en la Ley Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales (actual Código Orgánico de Tribunales) y por tanto su aprobación debe sujetarse a los quórum correspondientes. Al hacer estas prevenciones nuestra intención no era otra que plantear las críticas que a este tribunal se le realizan, pero sólo en la prevención realizada sobre las “recomendaciones” creemos que éstas tienen fundamento y por tanto deben ser revisadas.

2.2. ¿La Corte tiene carácter subsidiario?

El principio de subsidiariedad fue definido muy bien por el Papa Pío XI en su encíclica “Cuadragésimo Anno”, concepto que fue acogido por el Papa Juan Pablo II en su “Centesimus Annus”, diciendo: “Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándolo de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común”. Este principio, en derecho internacional, se ve reflejado en dos grandes principios básicos: la intervención y la no intervención. Según Vittoria, “Cuando la comunidad internacional o el órgano competente actúa en uso de sus funciones para lograr el Bien Común y establecer el respeto a los principios de Derecho Natural, no interviene, sino que practica el Derecho”. Para analizarlo más concretamente en nuestro tema, citemos a Thomas Buergenthal, quien afirma: “Hoy el Estado ya no puede afirmar que el maltrato a sus ciudadanos, no importa cuán masivo o sistemático sea éste, sea un asunto



de su exclusiva jurisdicción nacional". Ahora, dirigiéndonos específicamente al principio de no intervención y el de intervención dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (que es definido como el conjunto de tratados y normas suscritos entre los Estados americanos dentro de su organización referentes a derechos humanos), debemos leer atentamente las disposiciones de los arts. 16 y 18 de la Carta de la OEA. El art. 16 dice: "Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal", y el art. 18 señala: "Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquiera otra forma de injerencia o de tendencia atentadora de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen". ¿Cómo se condice esta norma, que no contempla excepciones, con la existencia de la Corte Interamericana? El preámbulo de la Convención de San José de Costa Rica dice textualmente que los Estados signatarios reconocen "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante (consultiva) o complementaria (jurisdiccional propiamente tal) de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos" (los paréntesis son de nosotros). Además la prevención que nos hace el art. 52 del mencionado pacto nos aclara que la contradicción entre el espíritu de la Carta de la OEA y la Convención no es más que la apariencia, pues dice: "La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título "personal" entre juristas de la más alta autoridad moral..." Con lo cual se nos señala que la "intervención" (entre comillas, pues, como ya lo hacía ver De Vittoria, no es tal) realizada por la Corte no es realizada ni por un Estado ni grupo de Estados, lo cual está prohibido, sino que se efectúa por parte de un organismo independiente e imparcial.

La Convención, además, asegura que el principio de subsidiariedad sea respetado plenamente. Para tal efecto creó un órgano llamado "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", una especie de Ministerio Público que conoce de las denuncias efectuadas por violaciones al pacto y que para someterlas a conocimiento de la Corte debe efectuarse un examen de admisibilidad basado en los siguientes requisitos:

– Deben haberse interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

– Debe ser presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.

– Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional o sea sustancialmente, la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional (lo que en nuestro derecho se llama "*res iuris*" o "*litis pendencia*", según sea el caso, pero que en doctrina internacional es llamada "*prima facie*").

– Debe exponer hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por la Convención, teniendo esta exposición fundamento plausible, no siendo evidente por tanto su improcedencia.

En caso de no cumplirse con los dos primeros requisitos señalados, sólo podrán invocarse como justificaciones las siguientes:

– Inexistencia en la legislación interna del Estado de que se trata del debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

– Manifiesta denegación de justicia, concretada en el retardo injustificado en la decisión sobre los recursos de jurisdicción interna, o en impedimentos ilegítimos en contra del presunto lesionado en sus derechos para el debido acceso a los recursos mencionados o para su agotamiento.

De no cumplir con alguno de estos requisitos, la Comisión rechazará de plano la denuncia hecha. En caso contrario, solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Todo el procedimiento tiene por objeto que la violación cese a la brevedad sin necesidad de recurrir a la Corte, pues, como ya lo hicimos ver, ella tiene carácter subsidiario, sólo en el caso de que el desafío a la protección internacional de los derechos humanos sea extremo (no en términos cuantitativos, sino cualitativos). La Comisión pondrá en conocimiento de la Corte tal asunto. Se entenderá como desafío extremo la ignorancia culpable de la orden de evacuar los informes solicitados al Estado transgresor, la resistencia a tomar las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho por parte del Estado o cualquier impedimento arbitrario o por parte de este último para que la Comisión no pueda realizar la investigación sobre los hechos con la eficacia debida dentro de su territorio.

Por todo lo anteriormente expresado, consideramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumple con los requisitos de compatibilidad con la jurisdicción estatal chilena, debiendo revisarse, eso sí, los problemas que acarrearán las "recomendaciones" efectuadas al Estado, pues constituyen una presión indebida sobre nuestros órganos legislativos.

3. Corte Penal Internacional

3.1. ¿Hacia el Estado de Derecho Universal?

El profesor José Ignacio Vásquez, en un artículo público por la revista *La ciudad de los Césares*, que se autodefine de "Política y Cultura Alternativas", señala sobre el particular lo siguiente: "La ecuación jurisdicción internacional y superlegalidad terminará conformando un ordenamiento jurídico supranacional que tendría que llegar a reconocer a la humanidad como nuevo sujeto de derechos y ciudadanía. La eficacia de este ordenamiento obligaría a recurrir a una fuerza coercitiva para evitar la anarquía, es decir, al ejercicio de un poder soberano que implicará, necesariamente, una relación de mando y obediencia, una dominación política sujeta a un derecho de contenido ideológico y un poder de coacción; en buenas cuantas, un Estado de Derecho Universal. Ante tal Estado la política internacional aparentemente llegaría a su fin transformándose en policía universal. ¿Es que acaso los ejemplos de Irak y Yugoslavia no son expresión de tal fenómeno? Por lo mismo, el antiguo enemigo político tendrá que sujetarse a una legalidad de aplicación extraterritorial y ser considerado como un criminal o enemigo de la humanidad. De esta forma estaremos frente a la aberración de criminalizar al enemigo político o al políticamente incorrecto y juzgarlo como criminal de la humanidad, considerándolo como un sujeto sin valor humano. Esto, finalmente, no será más que una auténtica tiranía universal y el surgimiento de un nuevo y más efectivo Leviathán".

Consideramos que la opinión del profesor Vásquez está razonada en función de los acontecimientos de la Guerra de Kosovo, durante el año 1999, por lo cual es natural que pueda perder la visión de conjunto de la evolución del nuevo derecho internacional, y nos hace recordar un comentario que hace la Iglesia Católica al capítulo VII del Libro de Job: "La desgracia de un solo justo desvirtúa toda la gloria de Dios en el universo". Asimismo, un error, o más propiamente dicho, una negligencia culpable de los guardianes del derecho internacional como la acaecida con la agresión ilegítima por parte de la OTAN al pueblo de Serbia, enturbia todas nuestras creencias en el derecho. ¿Pero por eso renegar tajantemente de él? Si fuese por eso, deberíamos también señalar que es casi opinión consensuada den-



tro de los sectores pobres de nuestra sociedad que los jueces sólo le dan la razón a los ricos, lo cual para nosotros es un presupuesto inaceptable. El derecho internacional busca reducir al mínimo las conductas disfuncionales dentro de la comunidad Internacional, y siendo un ordenamiento jurídico nuevo, es evidente que tiene imperfecciones, pero de ahí a asegurar que es un medio para considerar al "enemigo político" o al "políticamente incorrecto" como un "sujeto sin valor humano" hay un largo trecho. Aquí no se trata de ocupar al derecho como un instrumento al servicio de la política, pues de ser así, no es así. Se trata de que el derecho proteja a las personas ¿o es que los seres humanos queremos contemplar impávidos nuevamente las crueldades de Stalin, cuyas purgas hacían que el Holocausto nazi pareciera un juego de niños? ¿Pol Pot, Hitler, Stalin o Kruschchev podrían ampararse en que los están condenando sin sentencia, ya que no pueden ser juzgados por actos de gobierno? Tal aseveración recuerda la fatídica distinción entre actos de gobierno, que no traen responsabilidad para el Estado, y actos de gestión, que eventualmente podrían acarrearla. Ante ello, no debemos olvidar las sabias palabras de Juan XXIII en su encíclica "Pacem in Terris", donde nos recuerda que "la autoridad, como está dicho, es postulada por el orden moral y deriva de Dios, por tanto, si las leyes o preceptos de los gobernantes estuvieren en contradicción con aquel orden y, consiguientemente, en contradicción con la voluntad de Dios, no tendrían fuerza para obligar en conciencia, puesto que "es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres"; más aún, en tal caso, la autoridad dejaría de ser tal y denegaría en abuso". Luego, si un acto arbitrario de una autoridad estatal genera el derecho de rebelión ¿no es recomendable que se otorgue a la comunidad internacional las competencias suficientes para que sea ejercido dentro de los márgenes jurídicos? Asimismo, un acto arbitrario de la comunidad internacional en contra de una persona natural también generaría el mismo derecho.

Además hay que señalar que la "dominación política sujeta a un derecho de contenido ideológico y un poder de coacción" no es un Estado de Derecho, como afirma el profesor Vásquez: el Estado de Derecho es "la sujeción integral a Derecho por parte de toda autoridad, tanto en su nacimiento como en su obrar", lo cual aún no es una realidad en el ámbito de las relaciones internacionales. ¡Cuán deseable sería la existencia verdadera de un Estado de Derecho Universal, por tanto!

3.2. Los derechos humanos: "una vieja nueva lucha"

No podemos afirmar con idealismo exacerbado que respetándose los derechos esenciales de las personas en todo el mundo, la paz reinará en él. Aquel adagio que reza "*Concordia domi foris pax*" (la concordia en casa es

la paz en la plaza, en latín) no deja de ser una utopía bien intencionada, pero falaz al fin y al cabo, pues denota un concepto altamente idealizado del hombre. Imposible no recordar aquellos días en que la Ilustración se tomó el trono de Francia, y la euforia revolucionaria buscaba afanosamente la libertad, igualdad y fraternidad. El diputado Deladines, en una intervención a propósito de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, el 1 de agosto de 1789, diría: "Una declaración ilimitada de derechos sería acogida ávidamente por el pueblo al cual se prometería la igualdad y libertad innatas. Sin embargo, ¿comprenderá este pueblo que la igualdad sólo es, lamentablemente, un invento de los filósofos y que desaparece en el momento en que nazca, al lado de un niño débil, otro niño que es más robusto y más inteligente? ¿Comprenderá que la libertad, si bien es una hija de la naturaleza, debe estar protegida por las leyes positivas y que no consiste en hacer lo que a uno le plazca, mientras se impide a los demás gozar de lo mismo? La igualdad y la libertad constituyen en el orden natural un legado para cada uno. Sin embargo, en el orden civil cada uno debe sacrificar una parte de sus derechos para asegurar la igualdad y la libertad de todos... Cuidémonos de no derrumbar un dique que ha sido construido en el curso de muchos siglos y de que no nos quedemos sin una barrera contra la corriente cuyas aguas se pueden extender más allá de lo previsto y producir el terror y la destrucción en todas partes".

Todavía parece redoblar en nuestros oídos aquel dicho que reza: "Todo cambio, para ser duradero, debe ser hecho en forma racional y tomándose el tiempo necesario para ello. De lo contrario, recibiremos como castigo un mal cien veces peor que aquél que intentamos conjurar". La guillotina es un fiel reflejo de ello.

Circunscribir, sin embargo, el nacimiento de la lucha por los derechos humanos al período de la Revolución Francesa sería una actitud simplista por nuestra parte. Ignorar el tremendo impacto de la Carta Magna Leonesa, como suele ocurrir, o pasar por alto la benéfica influencia de San Agustín o del mismo Cicerón, nos parece una manifiesta denegación de justicia. Es más, debemos señalar que la lucha por el reconocimiento de los derechos que emanan de la naturaleza humana es tan antigua como la existencia del hombre. La ciencia se ha encargado de indicarnos que el hombre en estado presocial ("el buen salvaje" de Rousseau) es un imposible antropológico, con lo cual la teoría del Contrato Social queda como un bonito cuento para niños. Sin embargo, no debemos rechazarla a priori, pues ella puede explicar tanto la estructura familiar como la reagrupación constante de las colectividades humanas en sociedades mayores.

Tal como decía Delandines, cuidémonos de no derrumbar un dique que ha sido construido en el curso de muchos siglos. La hoy llamada "aldea

global" es un producto de varios años de evolución humana, pero no podemos, obnubilados por sus beneficios, dejar de señalar que su organización es perfectible, siempre con miras al ser humano, fin último de todo ordenamiento jurídico.

3.3. De las buenas intenciones a la realidad ¿cuán políticas pueden ser las cortes penales internacionales?

El juicio de Nuremberg es algo digno de analizarse. La atrocidad de los crímenes cometidos por las huestes hitlerianas realmente era digna del mayor encomio luciferino, pero tal situación no autorizaba para pasar a llevar flagrantemente la legalidad de la pena y el respeto al debido proceso. Hasta los peores criminales tienen derecho a estas garantías, y nadie colocado en el papel de juez, ni aun bajo pretexto de evitar la impunidad, puede pasar a llevarlas. Sin embargo, eso no sería nada comparado con los abusos a que se prestó aquel tribunal. Patético es el caso de Rudolph Hess, quien permaneció hasta el día de su muerte en el presidio de Spandau, del cual era el único habitante, sólo por el veto que hizo valer la Unión Soviética cada vez que se planteaba el tema de su excarcelación, siendo mucho más patente lo inaceptable de tal situación si se la compara con la del jefe de las Industrias Krupp, quien fue absuelto por el tribunal gracias a la soterrada intervención de Estados Unidos, país este último que procuró la asesoría de esta persona pues la precisaba para el desarrollo de su programa misilístico.

Todas estas consideraciones nos hacen desconfiar profundamente de la instalación de una Corte Penal Internacional, por lo cual debemos exigir varios requisitos para ello.

3.4. La Corte Penal Internacional: condiciones "*sine qua non*" para su establecimiento

Todos los Estados de la Tierra deben concurrir a su formación y deben rubricar su estatuto, aceptando su jurisdicción en los casos que previamente se hayan señalado. De lo contrario, las reglas de reciprocidad que rigen la ejecución de los tratados no aceptados en forma **general** por las partes traerán un grado de incertidumbre jurídica incompatible con la idea de derecho. Además, se violaría el principio de igualdad ante la justicia que debe regir en la vida diaria.

Debe respetar el principio "*non bis in idem*" y el respeto a la cosa juzgada, pues de lo contrario atentaría contra el principio de subsidiariedad, que ya señaláramos anteriormente con respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La subsidiariedad, como ya lo hicéramos ver tácitamente-



te en su oportunidad, es el fundamento sustancial de toda relación entre sujetos en un plano de suprasubordinación. Sin tenerla en cuenta, toda idea de bien común no pasaría de ser una quimera.

Lo que era válido para el Estado, como legitimado pasivo en el caso de la Corte Interamericana, no puede ser válido para una persona natural en su misma situación, en el caso de la Corte Penal Internacional. Por tanto, el estatuto debe asegurar todas las garantías del debido proceso, para que no se convierta, al decir del profesor Vásquez, en un "instrumento de dominación política".

Debe asegurarse la máxima difusión del estatuto, para que el mayor número de personas posible se encuentren al tanto de las disposiciones penales de carácter internacional, evitándose así el llamado "error de prohibición".

El estatuto debe ser un cuerpo refundido y sistematizado que contenga la gran mayoría de los ilícitos internacionales con sus respectivas penas, por lo cual debe estar correctamente coordinado con otros cuerpos legales que incidan en la materia, tanto de derecho interno como internacional.

Por último, y como consecuencia de todo lo anteriormente señalado, se debe plantear el más absoluto respeto al principio de la legalidad de las actuaciones del tribunal. Cualquiera acción en contrario deberá acarrear la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, y la responsabilidad de quien corresponda.

3.5. ¿Cumple la Corte de Roma con estos requisitos?

Con el primer requisito (la ratificación de todos los Estados del orbe) no cumple. Estados Unidos no ha firmado y seguramente no firmará, pues se arriesga a que sus soldados, que permanentemente participan en O.M.P. (Operaciones para el mantenimiento de la paz) sean juzgados por crímenes contra la humanidad. Las consecuencias de que esta nación no firme el acuerdo habría que buscarlas a la luz de lo que ocurrió con la Sociedad de las Naciones y la no entrada a ella de los países más poderosos de la Tierra.

El art. 20 del Estatuto de Roma, en su inciso 3º, dispone que la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de los ilícitos contenidos en él, a menos que el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte, o no hubiere sido instruido en

forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho Internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la personas a la acción de la justicia. ¿Puede ser considerada esta disposición acorde con la garantía de la cosa juzgada? En nuestra modesta opinión esto no es así, ya que se interviene en un proceso ya fenecido, pues no hay que olvidar que según el art. 29 del estatuto: "Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán". ¿Es posible dejar eternamente sobre las personas, por muy criminales que sean, esta espada de Damocles? Nuestra Corte Suprema fue muy clara en su momento (año 1963) al solicitársele la extradición de Walter Rauff, rechazando de plano la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

Los artículos 55 y siguientes del estatuto establecen un buen número de garantías procesales, que consideramos suficientes como para tener cumplido el tercer requisito.

La difusión adecuada del estatuto queda entregada a la responsabilidad de los Estados. Es un requisito que deberá ser cumplido durante la implementación del tribunal.

El estatuto de Roma dista mucho de ser un cuerpo coordinado, refundido y sistematizado. ¿Cómo aceptarlo si no deroga expresamente para los Estados partes otros cuerpos legales, v.gr., Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio? Es mejor tener un solo cuerpo normativo que una selva jurídica internacional, siendo esta última situación la que se produce al aceptarse el estatuto tal cual está.

El art. 21, en su inc. 1° letra c, establece como aplicables los Principios Generales del Derecho, lo cual es una violación flagrante al principio "*nullum crimen sine lege*". Además, no se establece la prescindencia de normas inciertas como el "*ius cogens*" para el juzgamiento de estos crímenes.

Por todo lo anteriormente señalado, tal cual se encuentra el estatuto, no debe ser por ningún motivo ratificado. Además de violar los requisitos ya nombrados, ¿quién nos asegura su independencia e imparcialidad si sus gastos son sufragados por los Estados partes?

Así, tratando de proteger los derechos fundamentales, los ponemos en un serio riesgo. La necesidad de crear una justicia internacional es evidente, pero debemos garantizar a todas costa su independencia.

3.6. El principio de universalidad y la necesidad de la creación de un Tribunal Penal Internacional

Mucho se ha hablado de la protección del principio de la territorialidad en la aplicación de la ley penal, como si éste tuviese carácter absoluto, lo cual, hay que recalcar, no es así ni siquiera en la ley chilena. Así, nuestro Código Orgánico de Tribunales acoge los siguientes principios:

3.6.1. Principio de nacionalidad (art. 6 N° 6 del COT)

En nuestro país se acoge conjugando los de nacionalidad activa y pasiva, al decir que “quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la república que a continuación se indican:

N°6: “Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró”.

También se podría considerar como emanación del principio de nacionalidad activo (persecución del sujeto activo del ilícito), la norma contenida en el art. 3° N°1 del Código de Justicia Militar, que establece que los tribunales tienen jurisdicción sobre los chilenos para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas. Sin embargo, esta última disposición no es más que una consecuencia del principio de territorialidad ficta, pues también se hace extensiva a los extranjeros.

3.6.2. Principio real o de defensa

Tiene por finalidad perseguir aquellos hechos punibles cometidos en el extranjero, pero que producen sus efectos en Chile. La producción de estos efectos debe acarrear lesiones a un bien jurídico de Orden Público. Este principio se encuentra recogido en el art. 6° N°s 2, 3, 5 y 9 del COT, art. 3° N°s 3 y 4 del Código de Justicia Militar.

3.6.3. Principio de universalidad

Este principio se encarga de perseguir ciertos tipos de delitos sin importar donde hayan sido cometidos, siempre y cuando el sujeto activo se encuentre en poder del Estado. Nuestro país reconoce expresamente este principio en el art. 6° N° 7 del C.O.T. al referirse a la piratería, como consecuencia de la ratificación de la Convención del Mar, e indirectamente en el N° 8 del mencionado artículo.

Nuestra experiencia hace aconsejable la instalación de un Tribunal Penal Internacional que sea un verdadero baluarte de este principio, sustrayendo de las jurisdicciones nacionales ese tipo de delitos, siempre y cuando no fuesen llamadas naturalmente, como consecuencia del principio de territorialidad, a conocerlos. De lo contrario, el caos jurídico sería inconmensurable, como ya se puede apreciar.

BIBLIOGRAFÍA

1. Encíclica *Pacem in Terris*, Juan XXIII, Edit. San Pablo, Santiago, Chile, 1963
2. Encíclica *Centesimus Annus*, Juan Pablo II, Edit. San Pablo, Santiago, Chile, 1991.
3. *La Revolución Francesa en sus documentos*, Ricardo Krebs y otros, Edit. Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1990.
4. *Derecho Internacional*, H. Orellana Herrera, Edit. Estado Mayor General del Ejército, Memorial del Ejército de Chile, N° 426, Santiago, Chile, 1987.
5. *Derecho Internacional Público*, Fernando Gamboa S., Edit. Universidad de Talca, Talca, Chile, 1998.
6. *Derechos Humanos Internacionales*, Thomas Buergenthal, Edit. Gernika, México D.F., México, 1996.
7. *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Edit. Jurisbol, Madrid, España, 1999.
8. *Hacia un Estado de Derecho Universal*, J.I. Vásquez, Revista Ciudad de los Césares, N° 53, Junio-Agosto 1999, Santiago, Chile.
9. *Conceptos Fundamentales de Derecho Procesal*, Fernando Hoyos Henrichson, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995.
10. *Derecho Procesal*, Tomo II, A. Pfeiffer, Edit. Universidad Nacional Andrés Bello, 1993.



Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile

Raúl F. Campusano

Abogado

MASTER EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE LEIDEN, HOLANDA

1. ANTECEDENTES

En los últimos años Chile ha participado en un número importante de negociaciones de tratados internacionales de contenido ambiental, varios de los cuales han sido firmados y ratificados por nuestro país. Otros se encuentran en etapa de negociación y es razonable esperar que un número significativo de ellos sea finalmente ratificado.

La ratificación de un tratado internacional es de gran significación jurídica, ya que el cuerpo jurídico ratificado pasa a ser parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, generando derechos y obligaciones exigibles entre las partes.¹ Más aún, genera obligaciones internacionales para Chile, las que pueden derivar, frente a su incumplimiento, en responsabilidad internacional que genere indemnizaciones y otras sanciones.

En efecto, como lo señala el profesor Pablo Rodríguez Grez, la infracción de un tratado internacional tiene dos efectos paralelos, derivados de sus dos fuentes (contractual y legal): "Por una parte, compromete la responsabilidad internacional del Estado, y por la otra, faculta a los particulares afectados para reclamar las reparaciones que correspondan por el incumplimiento de una disposición legal".²

¹ Como se sabe, el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifiesta formalmente en el ámbito internacional mediante la ratificación o la adhesión seguidas del canje de los instrumentos de ratificación entre los Estados contratantes o del depósito del respectivo instrumento en poder del depositario designado. Desde la fecha de dicho canje o depósito, el tratado es obligatorio para el estado que lo ha efectuado, salvo que el texto del tratado disponga otra cosa. Antes de manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado, un Estado debe dar cumplimiento a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, como las que requieran la aprobación del tratado por el Congreso u otra autoridad (Benadava, Santiago. "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos", en *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992).

² Rodríguez, Pablo. "El Tratado Internacional frente a la Constitución y la Ley", en *Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo, Santiago y Concepción, número 1, año 1, Enero 2000, página 49.

Existe debate en Chile sobre los efectos precisos, la naturaleza jurídica y las aplicaciones prácticas del derecho internacional en el derecho interno, pero no hay discusión sobre el hecho que los tratados internacionales firmados y ratificados forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Más aún, todo indica que el mismo proceso de globalización empujará a nuestro país (jueces y académicos) a adoptar las ideas predominantes sobre el punto en el mundo.³

Desde una perspectiva más sistémica, y saliendo del marco del análisis estricto del derecho, la ratificación de tratados tiene significado económico, político y social para Chile. En efecto, los contenidos de los tratados que sean ratificados por Chile configuran una serie de declaraciones de principios y obligaciones muy concretas que tendrán efecto en nuestro proceso productivo, en nuestra política exportadora, en nuestra estrategia de desarrollo económico y en el estándar de vida de los chilenos.

³ El artículo 32 número 17 de la Constitución Política de Chile establece que es atribución especial del Presidente de la República llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso. Por su parte, el artículo 50 número 1 de la Constitución Política establece que es atribución exclusiva del Congreso aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

El Congreso no puede introducir modificaciones al texto del tratado. Sólo puede aprobarlo o desecharlo. Ahora bien, como señala el profesor Gamboa, al establecer la propia Constitución que el tratado debe ser sometido a los trámites de una ley, debe ser con posterioridad promulgado por Decreto Supremo (del Presidente de la República), el que llevará la firma del Jefe del Estado y del Ministro de Relaciones Exteriores y en caso de incidir en materias especiales de otro Ministerio, la del Ministro respectivo. Una copia autorizada de su texto debe publicarse en el Diario Oficial. El texto constitucional no fija plazos para su promulgación ni para su publicación (Fernando Gamboa, 1992).

El artículo 50 inciso 2° de la Constitución señala que las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. El artículo 50 inciso 3° de la Constitución señala que en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61.

El artículo 61 de la Constitución señala que el Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley. Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado. La autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República. La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida. Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

En la misma línea de argumentación, la ratificación de tratados internacionales expresa las convicciones e ideas fuerza que el país considera valiosas y dignas de ser defendidas con toda la fuerza de nuestro ordenamiento jurídico. Estas convicciones no son neutrales. Tienen efectos en diversos campos del interés y quehacer nacional y se relacionan con materias de gran relevancia, como son la protección y promoción de la salud humana y el medio ambiente.⁴

Pero también se relacionan con nuestra opción de desarrollo económico, cultural y político, como se ha señalado anteriormente. Todo lo dicho apunta a que estas decisiones deben ser tomadas con altos niveles de rigurosidad científica, técnica, económica y política. También deben ser tomadas con alto grado de legitimidad social.⁵

El punto central para poder desarrollar los requerimientos señalados en el párrafo anterior parte por la existencia de una política ambiental internacional adecuada y es la hipótesis de este trabajo que Chile carece de tal política y que esta carencia hace que nuestro país sea inconsistente y caótico en su participación internacional ambiental, no protegiendo adecuadamente la salud de las personas y el medio ambiente y poniendo en peligro las posibilidades de desarrollo económico de Chile.

En efecto, la creciente globalización de la economía, la decidida inserción de Chile en los mercados globales y los importantes desafíos internacionales para la protección y promoción del medio ambiente parecen haber superado la capacidad de nuestro país para responder adecuadamente a ellos desde la perspectiva de la actual forma en que se enfrenta el tema general de los aspectos internacionales de la política ambiental de Chile.

El primer capítulo del trabajo se refiere a los antecedentes conceptuales sobre los que se basa este trabajo. El segundo capítulo informa sobre el diagnóstico que sobre la materia ha hecho la Comisión Nacional del Medio Ambiente. El tercer capítulo presenta el programa ambiental internacional de la CONAMA y de la Cancillería. El cuarto capítulo expone algunas ideas preliminares para considerar al momento de elaborar una política ambiental internacional de Chile. El capítulo quinto expresa algunas ideas finales sobre la materia. El capítulo sexto entrega una bibliografía básica sobre el tema.

⁴ Sobre el debate político presente detrás de las decisiones de política ambiental ver inter alia, i) **Achterberg, Wouter**. "Can Liberal Democracy Survive the Environmental Crisis? Sustainability, Liberal Neutrality and Overlapping Consensus", en *The Politics of Nature: Explorations in Green Political Theory*. Editores: Andrew Dobson y Paul Lucardie. Routledge, London, 1993; ii) **Dobson, Andrew**. *Green Political Thought*. Routledge, London, 1997; iii) **Wissenburg, Marcel**. *Green Liberalism: The Free and the Green Society*. University College London Press. London, 1998.

⁵ Sobre teoría de elaboración de políticas ambientales ver Daniel J. Fiorino. *Making Environmental Policy*. University of California Press, Berkeley, 1995.

2. DIAGNOSTICO

Durante los últimos diez a quince años la preocupación por la promoción y protección del medio ambiente se ha instalado en la mente de los gobernantes, empresarios, académicos, científicos, organizaciones no gubernamentales, y personas interesadas. Crecientemente se ha ido sumando a este grupo la ciudadanía en general.

La percepción de los grandes desafíos ambientales ha provocado que la atención se haya fijado en aquellos temas que parecían más urgentes: creación de la ley de bases generales del medio ambiente, creación y operación del sistema de evaluación de impacto ambiental, planes de descontaminación, descontaminación de Santiago, etc.

En este cuadro, la preocupación por el desarrollo de una política ambiental internacional adecuada quedó relegada a un segundo lugar de interés. Sin embargo, en el último tiempo se ha notado un crecimiento en el interés sobre el tema, en parte debido al interés que en ello han puesto las nuevas autoridades ambientales (Sra. Adriana Hoffmann) y en parte por lo inminente de la necesidad de contar con la política mencionada antes de hacer incurrir a Chile en más obligaciones internacionales cuyo beneficio no es aparente y cuyo perjuicio es probable.

2.1. Diagnóstico de la CONAMA

La Comisión Nacional del Medio Ambiente, CONAMA, publicó en su sitio web (www.conama.cl) un documento titulado "Una Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable. COMPROMISO CON LOS PROBLEMAS AMBIENTALES GLOBALES Y SUS EFECTOS EN CHILE, Documento de Discusión, Enero 1999". Este documento forma parte como insumo, fundamento y antecedente de uno de los catorce grandes temas ambientales a los cuales el país debe enfrentar.⁶ Específicamente, se trata del tema décimo, el que tiene el siguiente tenor:

⁶ El documento de la CONAMA no señala a su autor o autores, pero es posible señalar que más que un documento original con autores propiamente tal, se trata de un documento que recoge ideas sacadas de diversas fuentes, actuando sus autores más bien como editores. Por cierto, habría sido de gran utilidad que los mencionados editores hubieran señalado las fuentes que utilizaron para redactar el documento, más aún si se considera que varios de los párrafos son citas textuales sacadas de otros textos. A modo de ejemplo, varias de las ideas señaladas en el documento y que han sido recogidas en el presente trabajo, están escritas de la misma forma en la exposición de clausura del Seminario sobre Política Exterior y Medio Ambiente, del Ministerio de Relaciones Exteriores, realizada por el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. John Biehl. El Seminario tuvo lugar en octubre de 1998 y el documento de la CONAMA tiene fecha de enero de 1999.



“10. Compromiso con los problemas ambientales globales y sus efectos en Chile. La emergencia de la problemática ambiental internacional ha traído consigo un interés global por dar solución, más allá del estricto marco nacional, a los impactos en el medio ambiente. Es el caso del agujero de la capa de ozono, de los cambios de clima producido por las emisiones de gases de efecto invernadero, de los avances de las zonas desérticas, del transporte y comercio internacional de sustancias químicas y residuos peligrosos, y de la pérdida de ecosistemas, especies y recursos genéticos, entre otros fenómenos globales. Chile ha asumido compromisos internacionales en esta temática, pero es necesario profundizar en el conocimiento de los efectos de los problemas ambientales mundiales en el país y en la puesta en práctica de los acuerdos suscritos, considerando las reales posibilidades e intereses nacionales”.⁷

Ahora bien, en el documento anteriormente señalado, la CONAMA hace un diagnóstico sobre la política ambiental internacional de Chile y las falencias que esta ha tenido y tiene. Debe tenerse presente, según se señala con más detalle en una nota al pie de este trabajo, que las ideas señaladas en el documento ya habían sido presentadas en la exposición de clausura del Seminario sobre Política Exterior y Medio Ambiente, del Ministerio de Relaciones Exteriores, realizada por el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. John Biehl.

En el contexto de lo señalado, es interesante notar que el texto de Biehl contiene una frase en la que señala que “tampoco hemos difundido adecuadamente estos temas a nivel nacional y no hemos sabido involucrar a la ciudadanía”.⁸ Esta idea no fue recogida en el documento de la CONAMA.

En efecto, señala la CONAMA en su documento de discusión que entre las principales falencias “figura el que nuestra presencia en la arena internacional en ocasiones ha sido débil, sin continuidad, descoordinada internamente, sin recursos que la sustenten, sin seguimiento posterior y sin orientaciones de política que la fundamenten”.⁹

El documento de discusión de la CONAMA va más allá en esta crítica señalando que “estas deficiencias se sitúan al interior de otra mayor, y es que **Chile no posee una política ambiental internacional**”.¹⁰

⁷ www.conama.cl

⁸ Biehl, John. Exposición de Clausura. Seminario sobre Política exterior y Medio Ambiente, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, 1 y 2 de octubre de 1998. Página 523.

⁹ Una Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable. Compromiso con los Problemas Ambientales Globales y sus Efectos en Chile, Documento de Discusión, Enero 1999.

¹⁰ *Ibíd.*

El documento analizado también se refiere a la imagen del país en el extranjero señalando que a lo anterior “debemos agregar que en el escenario internacional el prestigio de Chile en materia ambiental se ha visto cuestionado. En diversos artículos de la prensa mundial y en foros especializados se han efectuado en los últimos años críticas a la gestión ambiental del Gobierno, del sector productivo y del país en general, cuestionando la vocación de sustentabilidad del modelo de desarrollo vigente.”¹¹

El documento agrega, por su parte, que algunos de estos defectos se han ido reduciendo en los últimos tiempos y que parte de la crítica internacional tiene que ver con el mayor avance económico del país, lo que hace que se le exija más.¹²

Es pertinente recordar aquí que uno de los principios de la Política Ambiental de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, CONAMA, es el de la **Responsabilidad ante la comunidad internacional**. Este principio se refiere al compromiso de cumplir con los acuerdos internacionales en materia de medio ambiente que Chile ha suscrito: “El país debe reforzar sus posiciones en el ámbito internacional a fin de asumir su cuota de responsabilidad en la calidad ambiental global, considerando sus reales posibilidades de poner en práctica las exigencias de la comunidad mundial”.¹³

2.2. Diagnóstico del Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores no cuenta con un diagnóstico explícito sobre la política ambiental internacional de Chile, pero en el website de la Dirección de Medio Ambiente del ministerio, DIMA, se hace una afirmación general sobre el punto y se subraya la ratificación hasta la fecha de 54 acuerdos internacionales vinculados con medio ambiente:

“El medio ambiente preocupa internacionalmente no sólo porque se ha constatado su creciente deterioro –y la urgente necesidad de revertir esta tendencia–, sino porque para mejorar esta situación se requiere de soluciones globales. Los variados temas ambientales han hecho necesario crear instancias especializadas donde se deciden las políticas ambientales de es-

¹¹ *Ibíd.*

¹² Señala el documento de discusión al respecto que “Es interesante notar que estas polémicas se centren en nuestro país, el que comparado con otros de similar nivel de desarrollo en la región tendría bastante que mostrar en términos de avances en gestión ambiental. Sin embargo, precisamente por mostrar un balance económico destacado, altos y sostenidos niveles de crecimiento y estabilidad, es que se espera más de Chile en términos de desempeño ambiental; constantemente estamos en la mira internacional y somos exigidos al respecto, ya que de alguna manera el «modelo chileno» se ha tornado en un paradigma económico o «laboratorio», que a todos interesa evaluar”.

¹³ Política ambiental de CONAMA.

tos compromisos internacionales. Para visualizar el alto grado de participación que tiene Chile, basta señalar que nuestro país ha ratificado 54 acuerdos internacionales multilaterales, vinculados de alguna manera con el medio ambiente, aparte de varios otros de naturaleza bilateral".¹⁴

2.3. Diagnóstico de otras entidades

Sólo como una forma de ilustración, se presentan ideas de tres institutos de reflexión, sobre la materia.¹⁵

2.3.1. Corporación Tiempo 2000

La Corporación Tiempo 2000 publicó en 1999 una colección de textos llamada "Serie Ambiental", auspiciada por la CONAMA. Uno de los textos se titula "Acuerdos Internacionales con Incidencia Ambiental: Balance de una Década", y allí se hace un diagnóstico y opinión crítica de la política ambiental internacional de Chile.

El documento postula que existe ausencia de una política ambiental internacional definida, más aún, "Chile carece de una política ambiental consistente".¹⁶ Se señala que no obstante ciertas acciones e intenciones programáticas lo concreto es que "no se visualiza en esta década la formulación de una agenda internacional ambiental fuerte y definida".¹⁷

El diagnóstico agrega que "tampoco ha existido una política explícita, clara y transparente, de suscripción de acuerdos internacionales, careciendo, en algunos casos, de la debida coherencia con las prioridades nacionales. Por otra parte, la implementación de varios de dichos acuerdos, una vez ratificados, ha dejado mucho que desear".¹⁸

También señala el documento que "la participación del país en foros internacionales, en ocasiones, ha sido débil; descoordinada internamente, sin continuidad y ha carecido de recursos que la sustenten; no ha tenido seguimiento posterior, y no ha habido orientaciones de política que la fundamenten".¹⁹

¹⁴ Página web de la Dirección de Medio Ambiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, DIMA.

¹⁵ Por supuesto, no se postula que a través de esta breve muestra se esté señalando la posición oficial de esas organizaciones sobre la materia, sino simplemente se presentan documentos que sirven para ilustrar aspectos de esa opinión emanados de los institutos respectivos. Por otra parte, debe señalarse que existe poco material publicado sobre el tema.

¹⁶ Toledo, Fernando, y Claudia Concha, Editores. "Acuerdos Internacionales con Incidencia Ambiental: Balance de la Década". CORPORACIÓN TIEMPO 2000, Santiago 1999, página 17.

¹⁷ *Ibíd*, página 13. El texto se basa en el documento de CONAMA, "UNA POLÍTICA AMBIENTAL PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE. COMPROMISO CON LOS PROBLEMAS AMBIENTALES GLOBALES Y SUS EFECTOS EN CHILE", Documento de Discusión, Enero 1999.

¹⁸ *Ibíd*. Página 13.

¹⁹ *Ibíd*

2.3.2. Libertad y Desarrollo

Luego de una búsqueda rápida, no se encontraron estudios de Libertad y Desarrollo referidos específicamente a este tema. Sin embargo, el artículo de Ana Luisa Covarrubias "Tratados Ambientales. ¿Beneficio para Chile?", aunque se refiere a un tema en particular, el Tratado de Cambio Climático, desarrolla ideas que son de aplicación general,²⁰ precavando contra la tendencia de firmar indiscriminadamente tratados internacionales en la creencia que ello sería por definición beneficioso para el medio ambiente.²¹

A modo de ejemplo, la política general de Estados Unidos es no firmar tratados internacionales de contenido ambiental hasta que se prueben los beneficios concretos de tal acción y que ésta es acorde con las políticas generales del país.

2.3.3 Red Nacional de Acción Ecológica (RENACE)

La Red Nacional de Acción Ecológica, RENACE, tampoco ha publicado un estudio específicamente sobre la materia objeto de este trabajo. Sin embargo, su ex directora, Sara Larraín, es autora de un texto que señala ideas centrales sobre política ambiental internacional.²²

El tema central del artículo analizado es la relación entre comercio internacional y protección al medio ambiente. La tesis central que se postula es que el libre comercio no sólo no ha beneficiado al medio ambiente, sino que lo ha puesto en peligro. En este contexto, hay en el artículo una fuerte opinión negativa a la política de desarrollo económico de Chile, basada en el libre comercio y la promoción de las exportaciones y, como corolario, una crítica a la forma en que se está desarrollando la relación entre libre comercio y protección al medio ambiente en Chile.

La propuesta de política ambiental internacional, en su componente de mecanismos para reorientar el comercio hacia la sustentabilidad, contiene los siguientes componentes:

²⁰ Covarrubias, Ana Luisa. "Tratados Ambientales. ¿Beneficio para Chile?" Libertad y Desarrollo, Santiago, 1999.

²¹ Esta tendencia es reconocida en el texto de Corporación Tiempo 2000, que señala que "para los gobiernos de la Concertación, la norma de conducta básica respecto de su política de suscripción de acuerdos en materia medioambiental, ha sido asumir ante el mundo una voluntad de participación y, también, un compromiso de cumplirlos y hacerlos exigibles a nivel nacional... Chile ha suscrito casi todos los acuerdos internacionales de protección del medio ambiente y ha estado presente en la discusión de los temas ambientales internacionales de relevancia. No obstante estas acciones y las intenciones programáticas en la materia, no se visualiza en esta década la formulación de una agenda internacional ambiental fuerte y definida".

²² Larraín, Sara. "¿Es la Actual Agenda de Integración Hemisférica una Alternativa para la Cooperación Regional, la Equidad y la Sustentabilidad?" Documento de RENACE, Santiago, sin fecha.

- *El aumento de comercio desde el sur al norte debe estar acompañado por incentivos para la conservación de los recursos naturales, el suelo, la reducción de productos químicos que eviten la degradación ambiental.*
- *Exportaciones o importaciones que agravan la situación social o ambiental no deben ser usadas como factores de ventajas comparativas.*
- *Si la internacionalización de costos sociales y ambientales significan precios mayores, los consumidores del Norte deben ser sensibilizados para basar sus preferencias en productos sustentablemente producidos.*
- *La apertura comercial debe permitir a los países canalizar las inversiones extranjeras hacia los sectores donde se puede fortalecer el desarrollo sustentable y desarrollar ventajas comparativas dinámicas.*
- *La apertura comercial debe posibilitar a los países regular y controlar el comportamiento de las empresas para poder cumplir las metas de desarrollo nacional.*
- *Las inversiones extranjeras deben garantizar los máximos estándares ambientales (de sus países de origen), difundir la tecnología y generar empleos.*
- *Los países deben mantener su soberanía en la restricción de inversiones extranjeras que agravan sus problemas sociales y ambientales”.*²³

3. PROGRAMA

El Programa Ministerial del Gobierno para el decenio 2000-2006 ha sido publicado y puede encontrarse en documentos en papel y en el sitio web del Gobierno.²⁴ Allí se explicitan los aspectos centrales de las políticas gubernamentales divididas según ministerios. El tema de la política ambiental internacional es considerado principalmente en los programas del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, del cual depende la CONAMA, y del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3.1. Programa de la CONAMA

El Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES) dedica dos partes del capítulo referido a la CONAMA para señalar el programa de política ambiental internacional de Gobierno.

La primera mención se hace en relación con el deseo de hacer realidad la sustentabilidad ambiental y con ese objetivo se señala que se trabajará para “Actualizar e implementar, junto con las instituciones pertinentes, una política ambiental internacional que permita participar activamente en las negociaciones en curso, tendientes a enfrentar los problemas ambientales globales”.²⁵

²³ *Ibíd.*

²⁴ www.presidencia.cl/cuenta.

²⁵ Programa de gobierno, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES). www.presidencia.cl/cuenta.

La segunda ocasión en que la SEGPRES se refiere al tema es precisamente para determinar la política ambiental internacional de Chile para el decenio 2000-2006. Se trata del punto décimo de política ambiental.

En el contexto de lo señalado, expresa que "al 2006 se habrán firmado y ratificado las convenciones ambientales actualmente en trámite (Convenio de Rotterdam, Protocolo de Kioto, Protocolo de Bioseguridad) y se habrá diseñado, promulgado e implementado la legislación o regulaciones nacionales que permitan aplicar en el país los siguientes acuerdos internacionales y los compromisos asumidos en ellos por Chile:

- Convenio de Basilea, sobre transporte transfronterizo de residuos peligrosos.
- Protocolo de Montreal, sobre sustancias que agotan la capa de ozono.
- Convención sobre Diversidad Biológica.
- Cambio Climático y Protocolo de Kioto, sobre gases efecto invernadero.
- Protocolo de Bioseguridad, sobre organismos vivos modificados.
- Convenio de Rotterdam, sobre consentimiento informado previo, PIC.
- Protocolo de Madrid al Tratado Antártico, sobre protección ambiental en el territorio antártico.
- Convenio Internacional sobre Productos Orgánicos Persistentes".²⁶

En forma adicional, el programa en análisis señala que "se incorporará la dimensión ambiental a las negociaciones y tratados comerciales internacionales, e involucrará a las organizaciones no gubernamentales, comunidad científica y organizaciones productivas y empresariales en las negociaciones ambientales internacionales".²⁷

Finalmente, y como parte de la agenda legislativa ambiental para el sexenio, se señala que se dictará la legislación de implementación de los acuerdos ambientales internacionales.

3.2. Programa del Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores se refiere al tema ambiental internacional en el punto f) del Programa de Gobierno para el sexenio 2000-2006, sobre "Temas globales", y lo hace con un acápite inicial que declara que "democracia, derechos humanos, paz, seguridad, medio ambiente y preocupación por los asuntos sociales, serán los hilos conductores de la política exterior en el ámbito multilateral".²⁸

²⁶ Programa de Gobierno, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES). Punto 10. www.presidencia.cl/cuenta.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Programa de Gobierno, Ministerio de Relaciones Exteriores. Punto F. www.presidencia.cl/cuenta.

El primer pilar fundamental de la política del Gobierno se encuentra en la consolidación del principio de las “responsabilidades comunes, pero diferenciadas”. En efecto, señala el programa que “en lo que atañe a la posición de Chile frente a los desafíos del medio ambiente mundial que afectan nuestra “seguridad humana”, se buscará consolidar el principio de las “responsabilidades comunes, pero diferenciadas”, consagrado en la Declaración de Río en 1992 y que se refiere al reconocimiento de la responsabilidad particular de los países industrializados en el deterioro del medio ambiente global”.²⁹

El segundo pilar fundamental es el de la soberanía sobre los recursos naturales. En efecto, se señala que “se reiterará el principio de la soberanía de los países para disponer de sus recursos naturales para el desarrollo y bienestar de su población, sin descuidar la protección del medio ambiente”.³⁰

Luego, el programa hace referencia rápida al rechazo de Chile a aceptar normas ambientales unilaterales de terceros: “Asimismo, se apoyarán los principios de no discriminación y trato igualitario en los intercambios de bienes y servicios, rechazando la imposición de normas ambientales unilaterales de terceros”.³¹

También se hace una declaración en el sentido que “se respaldará el reforzamiento de la institucionalidad ambiental internacional como garantía de equidad para los países menos fuertes”.³²

Finalmente, el programa contiene un párrafo en que se refiere específicamente a dos materias de política ambiental internacional (cambio climático y bosques), señalando el apoyo de nuestro país al desarrollo de estas negociaciones: “Chile seguirá apoyando las negociaciones que se llevan adelante en el marco de la Convención de Cambio Climático y que se orientan a reducir las emisiones de gases con efecto invernadero y mitigar sus efectos adversos, entre ellos el calentamiento del planeta, así como las negociaciones tendientes a la suscripción de una Convención Mundial de Bosques”.³³

3.3. Análisis comparativo de los programas

Lo primero que salta a la vista al hacer un análisis comparativo del programa ambiental internacional de la CONAMA y del programa ambiental

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores es que éstos no fueron elaborados en forma coordinada.

En efecto, sin perjuicio de coincidir en algunas de las materias expuestas, tanto la forma de tratar los temas como los énfasis puestos y las propuestas presentadas difieren entre sí.

El énfasis del programa del Ministerio de Relaciones Exteriores está dado en el apoyo a los principios de responsabilidad común pero diferenciada y el de la soberanía nacional sobre los recursos naturales. También pone acento en principios de no discriminación y en trato igualitario.

Otro tema que recalca el Ministerio de Relaciones Exteriores es la necesidad de reforzar la institucionalidad ambiental internacional y termina refiriéndose a dos temas específicos: Convención de Cambio Climático y Convención Mundial de Bosques.

La CONAMA, por su parte, pone énfasis en dos puntos. El primero es la necesidad de actualizar e implementar la política ambiental internacional. Este trabajo debe hacerse en coordinación con los organismos pertinentes.

El segundo énfasis de la CONAMA es la necesidad de dictación de legislación que haga aplicable y cumpla con las obligaciones adquiridas al haber ratificado un número de convenciones internacionales que se encarga de enumerar (dejando otras obligaciones fuera de la lista, lo que no se comprende).

Adicionalmente, la CONAMA señala que en las negociaciones internacionales generales se debe agregar la dimensión ambiental y que debe integrarse la voz de los distintos sectores de la sociedad en tales negociaciones.

Todo indica que el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia debieran coordinarse y elaborar una única política ambiental internacional.

3.4. Revisiones y correcciones

En este capítulo se esbozarán algunas ideas preliminares sobre aspectos que debieran ser revisados y/o corregidos en relación con el tema ambiental internacional y que derivan de la falta de una política ambiental internacional adecuada de Chile.



3.4.1. Inexistencia de política ambiental internacional

Como lo señala el ex Ministro del Ministerio Secretaría General de la Presidencia John Biehl, Chile carece de una política ambiental internacional. Este aserto es confirmado por la CONAMA y por otros organismos.

La inexistencia de una política ambiental internacional hace que la participación de Chile en foros y negociaciones internacionales carezca de la unidad de propósito, sinergia, consistencia y fortaleza que debiera tener.

Es probable que se hayan tomado, se estén tomando y se vayan a tomar decisiones en el plano internacional que obligan al Estado y que prueben en definitiva ser inútiles para la protección del medio ambiente y la salud de las personas o que signifiquen serios trastornos a nuestro proceso de desarrollo económico o ambos.

3.4.2 Competencia ambiental internacional

El artículo 32 número 17 de la Constitución Política del Estado establece que son atribuciones especiales del Presidente de la República “conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso”.

Por su parte, al “Ministerio de Relaciones Exteriores le corresponde, entre otras materias, coordinar las actividades de los distintos Ministerios y Organismos Públicos en aquellos asuntos que inciden en la Política Exterior e intervenir en todo lo relacionado con la determinación y demarcación de las fronteras y límites de país, así como en las cuestiones que atañen a sus zonas fronterizas y a sus espacios aéreos y marítimos y a la política antártica en general”.³⁴

Dentro de las materias que inciden en la política exterior se encuentra el tema ambiental.

La Comisión Nacional del Medio Ambiente, por su parte, carece de atribuciones en el ámbito internacional, al menos de forma directa. El actual texto de la Ley N° 19.300 no considera el tema internacional entre las atribuciones de la CONAMA.³⁵

³⁴ www.minrel.cl

³⁵ El artículo 70, letra g, establece que “corresponderán a la Comisión, en particular, las siguientes funciones: g) Coordinar a los organismos competentes en materias vinculadas con el apoyo internacional a proyectos ambientales, y ser, junto con la Agencia de Cooperación Internacional del Ministerio de Planificación y Cooperación, contraparte nacional en proyectos ambientales con financiamiento internacional”.

Existe una Comisión de Abogados que está asesorando a la Directora de CONAMA en el análisis de la Ley N° 19.300 con la finalidad de proponer acciones para su perfeccionamiento. Entre las propuestas que se están discutiendo está la de explicitar las competencias de la CONAMA en materia internacional, competencias que deben guardar estricta coordinación con las señaladas del Presidente de la República y del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3.4.3. Institucionalidad pública ambiental internacional insuficiente

La institucionalidad pública ambiental internacional existente hoy en Chile no es suficiente ni adecuada para enfrentar el desafío de una política ambiental internacional eficaz. Actualmente, las competencias ambientales internacionales están repartidas en varios ministerios y servicios públicos que guardan celosamente sus atribuciones y que, en ocasiones, no se coordinan con el resto de la Administración Pública, desarrollando políticas sectoriales que dentro del sector pueden ser más o menos afortunadas, pero que no se hacen cargo de las necesidades generales del país o de las necesidades específicas de otros sectores.

La CONAMA tiene una Unidad de Asuntos Internacionales, la que carece de atribuciones y competencias específicas, pudiendo ejercer sólo actividades residuales que no han sido apropiadas por otro servicio público o que se refieren a materias nuevas (como por ejemplo, el Tratado Complementario de Cooperación Ambiental con Canadá).³⁶

Por su parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores creó hace pocos años una Dirección de Medio Ambiente, DIMA, la que recibió como mandato el centralizar las temáticas ambientales que hasta esa fecha eran conocidas en forma dispersa por diversas direcciones y unidades del Ministerio de Relaciones Exteriores.³⁷

Sin embargo, poco tiempo después, la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, DIRECON, creó un Departamento de Comercio y Desarrollo Sustentable.³⁸

El Ministerio de Relaciones Exteriores debiera contar con una Dirección que centralice efectivamente todos los temas ambientales internacionales. En esta línea de pensamiento se encuentra Gonzalo Biggs, que ha señala-

³⁶ El documento de Corporación Tiempo 2000 señala que no se han dado las condiciones (tanto jurídicas como técnicas) para erigir a CONAMA como autoridad central en la materia a nivel internacional. Pág.14.

³⁷ El mismo documento mencionado en la nota anterior señala que la escasez de recursos, de personal y la política de rotación de funcionarios en los temas (que desincentiva la especialización), no han permitido que prospere este intento de coordinación. Página 14.

³⁸ El mismo documento señala que la estructura de la Cancillería no ha dado satisfactoria cuenta de la necesidad de ejercer la competencia ambiental internacional. Página 13.



do que “la representación de Chile ante las reuniones de las partes contratantes de los acuerdos ambientales internacionales debe quedar centralizada en una unidad especializada del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esa unidad debería coordinar la política aplicable con los demás órganos del gobierno, e impartir las instrucciones que correspondan a quienes asistan a esas reuniones. Esto último es importante, por cuanto las reuniones generalmente son técnicas, pero las decisiones tienen siempre importantes consecuencias políticas o económicas”.³⁹

Esta Dirección debiera también contar con amplias atribuciones de coordinación con la CONAMA y con el resto de los servicios públicos de la Administración del Estado, de manera tal de poder asegurar la necesaria consistencia y bien común de las iniciativas y actividades que el estado lleva a cabo en materia ambiental internacional a través de sus diversos actores.

3.4.4. Obligaciones internacionales no cumplidas

Todo parece indicar que hay obligaciones internacionales no cumplidas.⁴⁰ Más aún, no hay un catastro fidedigno y completo que señale la lista de obligaciones precisas que Chile ha adquirido a través de la firma y ratificación de tratados internacionales de contenido ambiental.

Estas obligaciones pueden revestir varias formas, según su naturaleza jurídica. Por ejemplo, una convención puede señalar que los firmantes deberán establecer la institucionalidad y legislación adecuadas para proteger determinado bien jurídico ambiental. También puede establecer la obligación de modernizar la legislación nacional pertinente o de derogar legislación incompatible con los propósitos del tratado. De la misma forma, puede señalar que el país signatario debe cumplir estrictamente con su legislación ambiental y en caso que no lo haga incurrir en responsabilidad estatal.

Cada uno de estos ejemplos generales puede ser objeto de interpretaciones distintas y de controversias jurídicas que pueden ventilarse en los tribunales nacionales o en foros internacionales.

El corolario es que las autoridades y el país en su conjunto deben reflexionar mucho antes de firmar un tratado internacional de contenido ambiental que genere obligaciones para Chile y una vez que el tratado ha sido firmado, debe cumplirse estrictamente con las obligaciones adquiridas.

³⁹ Biggs, Gonzalo. “El Derecho Internacional del Medio Ambiente y su Impacto en el Derecho Chileno”. En *Derecho del Medio Ambiente: Congreso Internacional*. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago, 1998. Páginas 439-440.

⁴⁰ En una conferencia de Sara Larraín en el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, dictada en 1999, se señaló un número significativo de obligaciones no cumplidas.

3.4.5. Principios aplicados en forma inadecuada

Los principios ambientales internacionales cumplen un rol fundamental en la gestación y orientación de las políticas ambientales internacionales y sirven para iluminar los procesos de creación legislativa internacional y para interpretar normas de significado ambiguo.

Sin embargo, tales principios son herramientas de apoyo que no deben jamás reemplazar el análisis objetivo de cada situación en particular.

Cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores señala que parte central de la política ambiental internacional de Chile se basará en el apoyo al principio de soberanía sobre los recursos naturales; el principio de la responsabilidad común, pero diferenciada; o el principio de la no discriminación; cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza jurídica precisa de lo que está diciendo en realidad? O dicho de otra forma, ¿cuáles son las obligaciones, derechos y compromisos precisos que está postulando, habida cuenta que los principios mencionados son objeto de enorme controversia en la doctrina y en la práctica, existiendo múltiples interpretaciones de los mismos, cada una de ellas derivadoras a resultados sustantivamente diferentes en la realidad?

Conceptos como desarrollo sustentable son un ejemplo paradigmático de lo complicado y peligroso que puede resultar adscribir a un principio sin definirlo y desarrollarlo en forma precisa.

De la misma forma, hay principios, como el precautorio, que creados sobre una base altamente legítima, han sido y son abusados en el debate y la negociación ambiental internacional.⁴¹

3.4.6. Falta de diseño sistémico para futuras negociaciones

Las negociaciones futuras debieran ser objeto de un diseño, ejecución y seguimiento basado en una política predefinida y un procedimiento ad-hoc, según se propone más adelante en este trabajo.

⁴¹ Sobre el debate alrededor del principio precautorio, ver Daniel Bodansky, *Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle*. 33 *Environmental Law* 4 (Septiembre 1991).



4. PROPOSICIONES PRELIMINARES DE POLITICA

A continuación se señalan algunas proposiciones preliminares (y todavía en un estado muy germinal) sobre aspectos que debiera contemplar la política ambiental de Chile.

4.1. Principios Rectores

Se estima que la elaboración de una política ambiental internacional debiera considerar los siguientes principios rectores:

- Sólido compromiso de Chile en la promoción y protección del medio ambiente y la salud de las personas.
- Convicción de que el libre comercio genera desarrollo, el que es un elemento necesario para la adecuada promoción y protección del medio ambiente y la salud de las personas.
- Convicción que el adecuado desarrollo de Chile requiere la armonización de distintos valores, ninguno de los cuales es absoluto. El desafío está en encontrar las sinergias apropiadas.
- Convicción de la necesidad de evitar que se utilicen argumentos ambientales para proteger industrias nacionales menos competitivas, situación que no protege el medio ambiente y la salud de las personas y que genera distorsiones negativas en el comercio internacional.
- Convicción de que al momento de tomar decisiones ambientales en foros internacionales, las que generarán obligaciones para Chile, éstas se basen en fundamentos científicos y técnicos sólidos.
- Conciencia de la necesidad de que Chile se presente ante los foros internacionales ambientales con una posición unida, que represente los distintos intereses y sensibilidades existentes.
- Convicción de la importancia que tiene que Chile cumpla estrictamente sus compromisos ambientales internacionales, legalmente adquiridos.
- Certeza de que, en la elaboración e implementación de la política ambiental exterior, la opinión y participación de la sociedad civil (empresas, ONG, academias, etc.) es muy valiosa.
- Convicción de que la elaboración de la política ambiental internacional debe reflejar los principios propios del desarrollo sustentable.

4.2. Ley de Bases Generales del Medio Ambiente

La Ley N° 19.300, en su calidad de ley marco, debiera hacerse cargo del ámbito internacional del derecho ambiental y normar los elementos fundamentales de esta materia.

En la actualidad, la ley N° 19.300 no norma el tema ambiental internacional, salvo alguna mención muy menor, como por ejemplo el artículo 70 letra g.

Las competencias propuestas deben ser coordinadas con aquellas propias del Presidente de la República y aquellas del Ministerio de Relaciones Exteriores. También deben considerarse las competencias específicas de otros Ministerios y sectores dentro del ámbito público, particularmente en aquellas materias fronterizas, con otros temas, como por ejemplo, salud, agricultura, minería, economía, defensa, educación, etc.

4.3. Comercio internacional y Medio Ambiente

Se ha configurado una fuerte distancia, e incluso antagonismo, entre aquellos que promueven en el plano internacional los valores del comercio libre con aquellos que valoran los temas ambientales. Este distanciamiento ha llevado a gran cantidad de desencuentros y conflictos cuyo resultado neto no ha sido un mejor entorno ni un comercio más libre, sino que ha generado deterioros en ambos campos.

El supuesto básico de esta propuesta es que es perfectamente posible (y aun más, es necesario) compatibilizar el valor de protección de la vida humana y el medio ambiente con el valor de libertad de comercio. Esto, por supuesto, no quiere decir que ambos valores sean equivalentes, sino simplemente que pueden ser compatibles y, más aún, sinérgicos.⁴²

Dos temas que parecen ser centrales en la discusión sobre asuntos legales internacionales que relacionan el comercio internacional y la protección del medio ambiente son el uso de medidas comerciales internacionales en tratados ambientales y el análisis de las circunstancias en que los Estados pueden legalmente adoptar en forma unilateral medidas de protección ambiental que limitan el comercio internacional y que, por tanto, pueden entrar en conflicto con obligaciones emanadas de acuerdos internacionales (globales o regionales) de libre comercio (GATT, EU, NAFTA, etc.).

4.4. Institucionalidad internacional en Chile

4.4.1. Ideas generales

Como se ha señalado, la creación el año 1997 de la Dirección de Medio Ambiente en el Ministerio de Relaciones Exteriores ha servido de manera

⁴² Esta es la tesis del Subsecretario de Relaciones Exteriores Heraldo Muñoz. "Libre Comercio y Medio Ambiente: Hacia una Necesaria Compatibilización", en *Primer Seminario sobre Política Exterior y Medio Ambiente*. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Santiago, 1998. págs. 373 a 376.



eficaz para enfrentar exitosamente la creciente agenda de negociaciones internacionales en materias relacionadas con la protección de la salud humana y el cuidado del medio ambiente. Entre otras cosas, ha servido para dar una aproximación coordinada y sistematizada a estas materias, haciendo más consistentes las decisiones tomadas. Esto ha reforzado la posición del Ministerio de Relaciones Exteriores al interior del Consejo Directivo de CONAMA.

De esta forma, la DIMA juega un rol relevante en la negociación de tratados internacionales de contenido ambiental y su existencia concuerda con la percepción de muchas personas relacionadas con el tema que consideraban necesaria la creación de tal entidad.

De la misma forma, la creación en enero de 1999 del Departamento de Comercio y Desarrollo Sustentable en la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales es otro paso en la dirección correcta. Sin embargo, aún falta mucho por hacer, particularmente en el área de las coordinaciones.

Se propone la creación de una Red de Coordinación Nacional de Política Ambiental Internacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, N° 19.300; la estructuración de un manual de procedimiento en materia de negociaciones, y la ejecución de un programa de capacitación para los negociadores.

- Red de Coordinación Nacional
- Manual de Procedimiento para Negociaciones
- Programa de Capacitación de Negociadores

4.4.2. Red de Coordinación Nacional

Las negociaciones internacionales ambientales tienden a ser dirigidas por algún ministerio sectorial y se carece de un buen sistema de coordinación que asegure la debida armonía y concordancia entre las distintas obligaciones internacionales que se adquieren.

Se propone la creación de una Red de Coordinación Nacional, la que tendrá por finalidad asegurar que las decisiones ambientales internacionales de Chile sean consistentes y armónicas con la política general del país y con las aspiraciones de la sociedad civil.

Composición: la Red de Coordinación Nacional estará formada por representantes de distintas reparticiones y sectores y será presidida por el Subsecretario de Relaciones Exteriores.

- Subsecretario de Relaciones Exteriores (Presidente)
- Subsecretario de Minería
- Subsecretario de Salud
- Subsecretario de Agricultura
- Subsecretario de Economía
- Subsecretario de SEGPRES.
- Director de la DIMA
- Director de DIRECON
- Director de CONAMA
- Director de Salud Ambiental, Ministerio de Salud
- Director del SAG
- Vicepresidente Ejecutivo de COCHILCO
- Representante del Sector Privado Empresarial
- Representante de las ONG ambientales
- Secretario Ejecutivo de la Comisión

Funcionamiento: la Red de Coordinación Nacional sesionará una vez al mes y tratará los temas señalados en la tabla propuesta por el Secretario y aprobada por el Presidente. El Secretario Ejecutivo dirigirá un Secretariado compuesto por:

- Dos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores
- Dos especialistas externos

Funciones específicas: la Red de Coordinación Nacional realizará las siguientes funciones:

- Catastro de todos los acuerdos internacionales de contenido ambiental firmados y ratificados por Chile, señalando el estado de cumplimiento de las obligaciones adquiridas. A su respecto, la Comisión elaborará un informe recomendando todas las acciones necesarias para el cabal cumplimiento de las obligaciones adquiridas.
- Análisis de las negociaciones internacionales ambientales en curso, recogiendo los puntos de vista de todos los sectores interesados. Se preparará una posición país única.
- Elaboración de una política general internacional de Chile en materia de negociaciones ambientales.
- Promoción de la capacitación en materias de negociaciones internacionales ambientales de los equipos involucrados en la preparación, ejecución, cumplimiento y seguimiento de tales negociaciones.

4.4.3. Manual de Procedimiento para Negociaciones

El Manual de Procedimiento para Negociaciones tendrá la siguiente estructura procedimental:

- Nombramiento de un responsable de la DIMA
- Determinación de temas relevantes y necesidades
- Constitución de los equipos de trabajo
- Elaboración del documento "posición país"
- Determinación de la delegación negociadora y roles de cada delegado
- Determinación del procedimiento y toma de decisiones durante la negociación
- Elaboración de informe de resultados señalando las tareas a realizar
- Seguimiento del tema con posterioridad a la negociación
- Promoción del intercambio científico y tecnológico internacional en materias ambientales
- Promoción de la capacitación del personal de profesionales que sirven en organismos y reparticiones que se desempeñan en las relaciones internacionales en temas ambientales, incluyendo los de las fuerzas armadas.

4.4.4. Programa de Capacitación de Negociadores

Las materias del programa de capacitación serán las siguientes:

- Derecho internacional
- Política internacional
- Técnicas de negociación
- Derecho del medio ambiente
- Temas de salud pública
- Derecho administrativo y constitucional
- Temas sectoriales (minería, agricultura, pesca, etc.)

4.5. Tareas Iniciales del Gobierno

Entre las actividades relacionadas con el tema ambiental internacional que el Gobierno debiera realizar se encuentran las siguientes:

- Elaboración de una política ambiental internacional. Esta política debe servir de base a temas específicos, ser armónica con el resto de las políticas del país.
- Reorganización de la institucionalidad pública ambiental internacional.
- Catastro y análisis de las obligaciones adquiridas por Chile en acuerdos internacionales ambientales y grado de cumplimiento o incumplimiento de las mismas.

- Desarrollo de estrategia para cumplir obligaciones pendientes.
- Diseño de estrategia para afrontar adecuadamente las futuras negociaciones internacionales de contenido ambiental.
- Organización de estructura para análisis y seguimiento de las negociaciones internacionales de contenido ambiental.
- Estructuración de instancias para escuchar a los sectores interesados, resolución de conflictos y toma de decisiones.
- Fuerte impulso al intercambio científico y tecnológico internacional en materias ambientales

5. IDEAS FINALES

Chile debería contar con una política ambiental internacional, construída con el aporte de todos los sectores de la sociedad (sector público, sector empresarial, sector académico, sector que agrupa a la sociedad civil a través de organizaciones no gubernamentales, etc.).

El diagnóstico realizado por los órganos de gobierno y de la sociedad civil muestra que Chile carece de una política ambiental internacional, o al menos que ésta, de existir, es inadecuada e insuficiente.

La protección al medio ambiente y la salud de las personas es un imperativo ético y jurídico que Chile debe asumir con fuerza y convicción tanto en su faz nacional como en la internacional.

Es necesario asumir las falencias existentes sobre la materia y poner al día al país en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales ambientales. Al mismo tiempo, debiera existir prudencia y reflexión antes de volver a asumir obligaciones internacionales cuyos efectos no se comprenden bien, que pueden significar perjuicio para el país en su conjunto y que pueden llegar a ser no cumplidas.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Textos positivos, de Gobierno y políticos

Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Cancillería. Programa de Gobierno 2000-2006. Ministerio de Relaciones Exteriores. Mayo 2000. www.presidencia.cl/cuenta.

CONAMA. Una Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable. *Compromiso con los problemas ambientales globales y sus efectos en Chile*, Documento de Discusión, Enero 1999.

SEGPRES. Programa de gobierno 2000-2006. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Mayo 2000. www.presidencia.cl/cuenta.

Subcomisión Ambiental Internacional. *Propuesta Preliminar para una Política Internacional de Medio Ambiente*. Santiago, 1999.

6.2 Textos Doctrinarios

Achterberg, Wouter. "Can Liberal Democracy Survive the Environmental Crisis? Sustainability, Liberal Neutrality and Overlapping Consensus". En *The Politics of Nature: Explorations in Green Political Theory*. Editores: Andrew Dobson y Paul Lucardie. Routledge, London, 1993.

Benadava, Santiago. "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos", en *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992

Bodansky, Daniel. *Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle*. 33 Environmental Law 4 (Septiembre 1991).

Biggs, Gonzalo. "El Derecho Internacional del Medio Ambiente y su Impacto en el Derecho Chileno". En *Derecho del Medio Ambiente: Congreso Internacional*. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998.

Caldwell, Lynton Keith. "International Environmental policy: Emergence and Dimensions". En *Law and the Environment*. Editado por Robert V. Percival y Dorothy C. Alevizatos. Temple University Press. Philadelphia. 1997.

Campusano, Raúl F. "Acuerdos Multilaterales sobre Responsabilidad y Compensación: Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indem-

nización de Daños en Relación con el Transporte Marítimo de Substancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas; y Protocolo sobre Responsabilidad e Indemnización por Daños Resultantes de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación". En *Derecho del Medio Ambiente: Congreso Internacional*. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998.

Campusano, Raúl F. "Nuevas Tendencias en Derecho Internacional del Medio Ambiente y su Relación con el Comercio Internacional". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. XVIII, Valparaíso, 1997. Páginas 523-553.

Campusano, Raúl F. "Negociación de Tratados Internacionales Ambientales. Apuntes para la Discusión". En *Primer Seminario sobre Política Exterior y Medio Ambiente*. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Santiago, 1998. Páginas 343-346.

Campusano, Raúl F. "Protección al Medio Ambiente y Libertad de Comercio". En *Primer Seminario sobre Política Exterior y Medio Ambiente*. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Santiago, 1998. Páginas 377-392.

Covarrubias, Ana Luisa. *Tratados Ambientales. ¿Beneficio para Chile?* Libertad y Desarrollo, Santiago, 1999.

Dinamarca, Jaime. Prólogo a la edición chilena. En *El Verdadero Estado del Planeta*. Ronald Bailey, editor. Cámara de la Producción y del Comercio de Concepción A. G., Concepción, 1999.

Dobson, Andrew. *Green Political Thought*. Routledge, London, 1997.

Fiorino, Daniel J. *Making Environmental Policy*. University of California Press, Berkeley, 1995.

Gamboa, Fernando. *Manual de Derecho Internacional Público*. CESOC, Santiago, 1992.

Hahn, Robert W. y Kenneth R. Richards. *The Internationalization of Environmental Regulation*. Harvard International Law Journal. Volumen 30, número 2, 1989. Páginas 421-447.

Hunter, David; James Salzman & Durwood Zaelke. *International Environmental Law and Policy*. Foundation Press. New York, 1998.



Larraín, Sara. "¿Es la Actual Agenda de Integración Hemisférica una Alternativa para la Cooperación Regional, la Equidad y la Sustentabilidad?" Documento de RENACE, Santiago, sin fecha.

Llanos Mansilla, Hugo. *La Protección Jurídica del Medio Ambiente en Chile: Convenios Internacionales.* Red Internacional del Libro. Santiago, 1995.

Muñoz, Heraldo. "Libre Comercio y Medio Ambiente: Hacia una Necesaria Compatibilización". En *Primer Seminario sobre Política Exterior y Medio Ambiente.* Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Santiago, 1998. páginas 373 a 376.

Peters, Paul; Nico Schrijver and Paul de Waart. "Responsibility of States in respect of the Exercise of Permanent Sovereignty over Natural Resources". *Netherlands International Law Review.* Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989. pp. 285-313.

Rodríguez, Pablo. "El Tratado Internacional frente a la Constitución y la Ley". En *Actualidad Jurídica,* Universidad del Desarrollo, Santiago y Concepción, número 1, año 1, Enero 2000.

Sands, Philippe. *Principles of International Environmental Law.* Volume I: Frameworks, Standards and Implementation. Manchester University Press, Manchester, 1995.

Smith, Fred. "Re-Evaluación de los Desafíos de la Humanidad; las Oportunidades de la Humanidad". En *El Verdadero Estado del Planeta.* Ronald Bailey, editor. Cámara de la Producción y del Comercio de Concepción A.G., Concepción, 1999.

Susskind, Lawrence E. *Environmental Diplomacy: negotiating more effective global agreements.* Oxford University Press. New York, 1994.

Toledo, Fernando y Claudia Concha. Editores. *Acuerdos Internacionales con Incidencia Ambiental: Balance de la Década.* Corporación Tiempo 2000, Santiago 1999.

Wissenburg, Marcel. *Green Liberalism: The Free and the Green Society.* University College London Press. London, 1998.

Adecuación de la legislación marcaría chilena a tratados internacionales

Fernando Castro González

Abogado

Profesor Auxiliar Asociado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Chile no se caracteriza por ir a la cabeza del mundo en la reflexión doctrinal y en la legislación sobre asuntos de propiedad intelectual, incluidas las cuestiones relativas a marcas comerciales. En el último tiempo tampoco se ha distinguido por cumplir oportunamente con obligaciones contraídas en convenios y acuerdos internacionales sobre la materia.

En virtud del acuerdo de Marrakech, que dio nacimiento a la Organización Mundial de Comercio (OMC) y que Chile suscribió en abril de 1994, las disposiciones de dicho acuerdo sobre variadas materias que regulan el comercio internacional entraron en vigor en Chile el 1° de enero del año 2000. Chile se comprometió a adaptar su legislación interna a las disposiciones de los distintos acuerdos adoptados en Marrakech, pero sólo en octubre de 1999 el Ejecutivo envió al Congreso dos proyectos de ley a estos efectos. En los proyectos se señala que Chile debe adaptar su legislación, entre otras razones, a fin de evitar sanciones por su retraso en el cumplimiento de sus compromisos. En el art. 1° transitorio del "proyecto misceláneo", según mensaje N° 007-341, del 19 de octubre de 1999, se establece que varias de sus disposiciones comenzarían a regir a contar del 1° de enero del año 2000, si la publicación de la ley se produce con anterioridad a dicha fecha. La sola redacción de este texto, enviado al Congreso a fines de 1999, lleva a pensar en la falta de previsión de la autoridad. En todo caso, la norma prevista es que la ley entre en vigencia una vez que se dicte el reglamento de ejecución de la misma, lo que implica automáticamente que Chile queda muy lejos de cumplir con la fecha convenida para hacer las adaptaciones legislativas programadas en el acuerdo.

No obstante lo anterior, cabe señalar que en materia de marcas comerciales la legislación interna chilena no requiere cambios sustantivos para colocarse al nivel de los estándares internacionales, salvo en aspectos muy restringidos y específicos. La actual legislación marcaría chilena es bastante moderna, flexible y operativa, por lo que las instituciones marcarías han podido funcionar con relativamente buena eficiencia. Además, en ciertos aspectos en que la legislación ha sido deficiente, la jurisprudencia ha veni-

do a llenar el vacío mediante criterios muy razonables y ecuanímenes, haciendo justicia en situaciones no reglamentadas suficientemente. Para dar un par de ejemplos, aunque la actual legislación nada dice sobre la protección de denominaciones de origen extranjeras, numerosas sentencias del Departamento de Propiedad Industrial han reconocido esta institución y han rehusado otorgar registro a supuestas marcas consistentes en denominaciones de origen, especialmente de vinos franceses. De la misma manera, supliendo el vacío legal del antiguo D.L. N° 958, ley de propiedad industrial que estuvo en vigencia entre 1931 y 1991, la jurisprudencia hizo suyo el principio doctrinal de la buena fe en la obtención de un registro de marca, norma contenida en el art. 6 bis N° 3 del Convenio de París, al que Chile no adhirió hasta 1991, dando así lugar a una jurisprudencia que estableció de hecho la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de un registro de marca cuando el mismo había sido obtenido de mala fe, situación no considerada explícitamente por la ley. Así, pues, la jurisprudencia y también en muchas ocasiones la actuación flexible del Departamento de Propiedad Industrial y del Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial han permitido llenar en la práctica ciertos vacíos legales.

Principales acuerdos internacionales recientes en materias de propiedad intelectual

Existen muchos acuerdos internacionales en materias de propiedad intelectual a los que Chile no ha adherido. Sin embargo, Chile es parte de los dos acuerdos históricamente más significativos y que de alguna manera subsumen a los demás: el Convenio de París de 1883 y el Acuerdo de Marrakech de 1994.

1. En 1883 se firmó el Convenio de París, que en su época significó un enorme avance en la fijación de reglas internacionales de respeto a los derechos de propiedad industrial de los nacionales de sus países miembros. Modificado en diversas oportunidades hasta 1967, el Convenio de París consagró el principio del "trato nacional", esto es, que los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozan en los demás países de ella de las ventajas que las leyes de cada país miembro concedan a sus propios nacionales. El Convenio también estableció un sistema de prioridad internacional para pedir protección de marcas y patentes de invención en otros países sobre la base de una solicitud en el país propio. También reconoció la protección internacional de las marcas notoriamente conocidas y estableció obligaciones a los países miembros para combatir la competencia desleal.

Estrictamente hablando, Chile no necesitaba adherir al Convenio de París para adoptar internamente disposiciones como las del trato nacional o del respeto a las marcas extranjeras notorias. La legislación civil chilena ya era mucho más generosa en su época que la mayoría de las legislaciones europeas. En materia de marcas notorias, la jurisprudencia chilena ha ido siempre mucho más allá de los términos del Convenio de París a favor de las marcas extranjeras notorias.

Chile promulgó su adhesión al Convenio de París mediante Decreto Supremo N° 425 de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 30 de septiembre de 1991. En esa misma fecha se publicó la Ley N° 19.039 sobre propiedad industrial, de modo que las actuales instituciones de propiedad industrial se fundamentan simultáneamente en esta ley y en el Convenio de París. Sin embargo, como todavía subsisten algunas diferencias significativas en puntos específicos, el Ejecutivo ha planteado al Congreso un proyecto de ley en que se adoptan internamente ciertas normas del Convenio de París.

2. Mediante Decreto Supremo N° 16 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 17 de mayo de 1995, se promulgó el Acuerdo de Marrakech, que estableció la Organización Mundial del Comercio y por el cual se convinieron diversos acuerdos generales sobre aranceles aduaneros; sobre la agricultura y la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias; sobre textiles y vestidos; sobre obstáculos técnicos al comercio; sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio; sobre normas de origen; sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación, salvaguardias, suspensiones y medidas compensatorias, etc.

Entre los muchos acuerdos anexos al Convenio OMC se incluye el "Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio", conocido por su sigla ADPIC, con no poca frecuencia individualizado en su versión inglesa TRIPs.

Como parte del Acuerdo de Marrakech, el Acuerdo ADPIC ha adquirido una importancia singular, porque comprende a la inmensa mayoría de los países de todo el mundo, lo que da a sus disposiciones un alcance realmente universal. Conocidos son los denodados esfuerzos de la República Popular China por ser admitida como parte integrante de la OMC y también es conocida la reticencia de países como Estados Unidos a la incorporación de China precisamente porque este país no cumpliría las normas mínimas establecidas en ADPIC en cuanto al respeto debido a las creaciones intelectuales y derechos de propiedad industrial de los nacionales de otros estados ya miembros de la OMC.

Aparte del alcance universal de ADPIC, este acuerdo es también importante porque recoge en un solo texto una amplia variedad de instituciones de la propiedad intelectual, concepto que engloba, por ejemplo, al derecho de autor y derecho de propiedad intelectual propiamente tal; al derecho de propiedad industrial, que dice relación con las patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas comerciales; a los secretos industriales y comerciales o protección de la información no divulgada o confidencial; a los esquemas de trazado de los circuitos integrados; a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen; medidas en frontera o suspensión del despacho de aduanas por las autoridades aduaneras, etc. Tan importante como lo anterior es el establecimiento de instrumentos de solución internacional de controversias dentro de las estructuras de la OMC. También es importante destacar el establecimiento de un Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o Consejo de los ADPIC, que examinará la aplicación del acuerdo y su cumplimiento por los países miembros. Como Chile está atrasado en la dictación de normas legislativas en la materia, también está preocupado de acelerar su aprobación y promulgación en los plazos más breves posibles a fin de evitar amonestaciones y eventualmente sanciones de parte de este Consejo.

A continuación analizaremos en forma muy resumida las principales disposiciones contenidas en los dos proyectos de ley actualmente sometidos a consideración del Congreso para adaptar las normas internas al Convenio de París y al ADPIC, teniendo como objeto exclusivo las disposiciones sobre marcas comerciales.

Aprovecharemos para dar algunas pinceladas acerca de disposiciones que buscan modificar la legislación actual y que puede ser interesante considerar, aunque ellas no deriven necesariamente de la adaptación de la legislación chilena a los acuerdos internacionales, sino más bien sean resultado o aplicación de la doctrina, de soluciones jurisdiccionales ya asentadas o simplemente soluciones recomendadas por la práctica.

Proyecto de ley “miscelánea”

Mediante mensaje N° 007-341, del 19 de octubre de 1999, el Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley que tiene por objeto incorporar a la legislación nacional las modificaciones necesarias para cumplir con las obligaciones derivadas del Acuerdo de Marrakech en materia de aranceles y comercio; obstáculos técnicos al comercio; inversiones relacionadas con el comercio; suspensiones y medidas compensatorias y también en materias

propias de ADPIC. En relación con marcas comerciales, sólo tomaremos la aplicación de medidas en frontera consideradas en la parte III del acuerdo ADPIC, título II, sección 4, artículos 51 y siguientes.

La nueva normativa propuesta resulta sumamente atractiva para los titulares de derechos constituidos sobre marcas comerciales, porque con ella se puede obtener en aduanas la suspensión del despacho de mercaderías que infrinjan la legislación marcaria. La normativa propuesta también extiende su protección a ciertos derechos de autor y derechos conexos.

De acuerdo con el proyecto (art. 6), el titular de una marca registrada en Chile podrá solicitar por escrito ante el tribunal competente la suspensión del despacho de mercancía que exhiba, con supuesta infracción a la Ley N° 19.039 sobre propiedad industrial, una marca idéntica o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de otra marca ya registrada para el mismo tipo de mercancía. También se podrá solicitar la suspensión del despacho de material consistente en logotipos, etiquetas, autoadhesivos u otros en que figuren marcas falsificadas o imitadas. La misma acción se reconoce al titular de un derecho de autor o de un derecho conexo respecto de copias de obras protegidas al amparo de la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual.

Será competente para conocer de la solicitud el juez de letras en lo civil del lugar en que se encuentre la aduana ante la cual se haya presentado la destinación aduanera que ampare la mercancía presuntamente infractora, o bien el juez del lugar en que se presume se pretende presentar dicha destinación aduanera.

Con esta nueva normativa, que ya ha sido puesta en práctica en otros países, el dueño de una marca registrada no necesita esperar a que la mercadería ingrese al país y sea llevada a bodegas o incluso distribuida a locales comerciales antes de accionar contra el infractor, sino que puede obtener que la mercadería nunca ingrese al país y sea detenida en la aduana. Evidentemente la posibilidad de impedir por completo el ingreso de la mercadería infractora al país supone una enorme ventaja y una mucho mayor facilidad para controlar la importación y comercialización en Chile de productos con marca falsificada o ilegítima.

El art. 16 del proyecto faculta al Servicio de Aduanas para suspender de oficio el despacho de la mercadería cuando sea evidente que ella lleva una marca imitada o falsificada o que infringe un derecho de autor.

Proyecto de ley que modifica la ley de propiedad industrial

Mediante mensaje N° 004-341, del 4 de octubre de 1999, el Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.039 sobre propiedad industrial. El proyecto señala que esta iniciativa legal tiene como propósito principal la ejecución de las obligaciones que el Estado de Chile contrajo en el marco del acuerdo de Marrakech y al mismo tiempo introduce algunas modificaciones destinadas a completar y concordar la ley actual con el Convenio de París. También se proponen otras modificaciones que emanan de la experiencia y práctica en la aplicación de la actual legislación.

En cuanto a su contenido, en el proyecto se sostiene que se busca corregir la estructura y la sistemática de la Ley N° 19.039 y dotarla de un lenguaje técnico y jurídico más depurado. Sin embargo, en la práctica lo que se ha hecho es dejar prácticamente idéntica la estructura de la ley actual e introducirle modificaciones parciales a algunos artículos, manteniendo generalmente la misma numeración del articulado anterior. Con este procedimiento, lejos de mejorar la estructura y sistemática de la ley, se acumulan artículos "bis" y "bis A", "bis B", "bis C", etc., produciendo una congestión de normas que a veces resultan incongruentes. Así, por ejemplo, abundan las repeticiones y ciertas materias son tratadas sin orden lógico, comenzando por los detalles en un artículo para tratar la materia principal y básica en un artículo muy posterior. Cítese como ejemplo el nuevo art. 18 del proyecto, tras el cual se han intercalado los arts. 18 bis A, 18 bis B, 18 bis C, etc., todos referentes al pago de derechos fiscales por diversas gestiones relacionadas con patentes de invención, marcas, modelos, diseños, oposiciones, apelaciones, transferencias, licencias, etc., materias muchas de ellas que son tratadas en lo sustantivo en artículos posteriores. Habría sido mucho más provechoso y ordenado tratar las materias en un orden lógico y sólo al final referirse a cuestiones meramente anexas. Con esta ordenación del proyecto el Ejecutivo perdió una excelente oportunidad para dictar en Chile un nuevo ordenamiento sobre propiedad industrial bien ordenado y completo. Con todo, con este proyecto Chile procura, aunque con retardo, alinear su legislación interna con las obligaciones asumidas por los ya referidos convenios internacionales.

Durante la vigencia de la Ley N° 19.039 e, incluso más, durante la vigencia del D.L. N° 958 de 1931, la jurisprudencia ha ido supliendo con sabiduría la falta de normas positivas en la ley chilena, con lo cual al mismo tiempo se ha constituido en una valla insalvable contra la piratería de marcas. Más adelante nos referiremos en detalle a algunos de estos puntos.

Sin ánimo de discutir los aspectos positivos y negativos del proyecto de nueva ley de propiedad industrial ni algunas de sus incoherencias e incluso

disposiciones ininteligibles, contradictorias o simplemente mal redactadas o mal transcritas en el texto enviado al Congreso, centraremos la atención en aquellas materias contenidas en el proyecto que derivan en lo esencial de la aplicación en Chile del Convenio de París y de ADPIC o incluso también de criterios internacionalmente prevalecientes, evitando los detalles menores. También nos referiremos a la proposición de nuevas normas que, sin provenir de los convenios internacionales, introducen modificaciones importantes en la legislación y que pueden ser de interés público.

1. La acción de nulidad es imprescriptible en casos de registros de marcas obtenidos de mala fe

El art. 6 bis del Convenio de París de 1883 establece que los países miembros no pueden imponer plazos para reclamar la anulación de marcas registradas de mala fe. Aunque los Estados miembros podrían caer en incumplimiento de esta obligación, siempre se ha entendido que en los países de la Unión de París la acción de nulidad de un registro de marca obtenido de mala fe es imprescriptible.

El Decreto Ley N° 958, de 1931, disponía que no se podía demandar la nulidad de un registro de marca después de dos años desde la fecha del registro, siempre que la marca se hubiera estado usando en el país. Por consiguiente, vencido el plazo de dos años, si el demandado podía acreditar el uso efectivo de la marca cuyo registro se impugnaba, la acción debía declararse prescrita. La norma legal no incluía ningún requisito del uso ni hacía distinciones entre el uso de la marca de buena o de mala fe. Nótese, en todo caso, que mientras la ley chilena se refería al "uso de la marca", el Convenio de París declara imprescriptible la acción de nulidad de un "registro obtenido" de mala fe.

Aunque Chile no adhirió al Convenio de París hasta 1991 y teniendo en cuenta que mucha jurisprudencia posterior a 1991 ha venido aplicando la normativa de 1931 a la prescripción de la acción de nulidad de registros otorgados al amparo de la ley antigua, la jurisprudencia ha ido estableciendo ciertos requisitos mínimos y razonables a la excepción de prescripción basada en el uso de la marca: el uso debe haber sido hecho por el titular o por un tercero autorizado, no por un tercero ajeno al demandado; el uso debe ser de tipo comercial y con cierta extensión geográfica y continuidad en el tiempo; el uso debe ser anterior a la notificación de la demanda de nulidad y, por último, el uso debe haber sido hecho de buena fe. La jurisprudencia ha asentado el criterio de que el uso de mala fe, hecho a sabiendas de que la marca pertenece a un tercero que le ha dado fama y notoriedad, generalmente una marca mundialmente famosa de la

cual el demandado se ha apropiado en forma ilegítima, vicia la excepción de prescripción, atenta contra el interés público y no sirve para fundar la excepción de prescripción. Como esta es una creación jurisprudencial, no una norma legal, el criterio señalado ha causado permanente polémica y ha llevado en ocasiones a sentencias que contradicen a la jurisprudencia inmensamente mayoritaria.

La Ley N° 19.039 actual eliminó el requisito de uso de la marca y extendió el plazo de prescripción a cinco años, adoptando parcialmente la norma del Convenio de París. Sin embargo, omitió referirse al caso de los registros obtenidos de mala fe. Con todo, la Ley N° 19.039 se promulgó el 30 de septiembre de 1991. Ese mismo día se promulgó la adhesión de Chile al Convenio de París, cuya norma sobre imprescriptibilidad pasó a tener plena validez en Chile, de modo que la normativa sobre prescripción tiene una doble fuente. Sin embargo, para complicar las cosas, el art. 27 de la Ley N° 19.039 estableció que el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial debe declarar de oficio la prescripción de la acción de nulidad cuando ella es presentada pasados los cinco años desde la fecha del registro. Los tribunales marcarios se han negado sistemáticamente a aplicar esta norma legal especial, que contradice tanto la norma general civil de que la prescripción debe ser alegada, como la norma de imprescriptibilidad del Convenio de París.

La normativa legal que ahora se propone está en perfecta armonía con la norma internacional del Convenio de París: prescripción de cinco años en los casos normales e imprescriptibilidad en los casos de registros obtenidos de mala fe.

Todos sabemos que la buena fe se presume y que la mala fe debe probarse. Por esta razón es digna de nota la siguiente disposición que se incorpora al nuevo art. 27 de la ley: "La mala fe se presume en el caso de inscripciones realizadas por terceros para marcas notoriamente conocidas". Se trata de una norma francamente excepcional.

Además, la definición de marca notoria contenida en el proyecto es notablemente más generosa a favor de las marcas extranjeras que la definición de marca notoria que da el propio Convenio de París. De acuerdo con este último, la autoridad local de un país debe atenerse a la notoriedad que la marca extranjera haya adquirido en ese mismo país. En cambio, a la ley chilena le basta con que la marca goce de notoriedad en el extranjero, aunque no se haya usado nunca en Chile.

Además, el Convenio de París limitó la protección de las marcas notorias a las marcas de productos, olvidando referirse a las marcas de servicios. El

problema fue solucionado por ADPIC, que extiende la protección de la marca notoria a las marcas de servicios. Sin embargo, la jurisprudencia chilena nunca discriminó entre ambos tipos de marcas y siempre otorgó una extraordinaria protección a los extranjeros contra la piratería de marcas notorias tanto para productos como para servicios, para lo cual debió echar mano a normas que, si bien podían interpretarse de manera flexible, no se referían precisamente a las marcas notorias.

Por último, se ha discutido en no pocas oportunidades si las normas sobre prescripción extraordinaria del Código Civil son aplicables a los juicios de nulidad de registros de marcas.

En general, todas las acciones prescriben, con excepciones muy contadas. La prescripción extintiva de acciones es la contrapartida de la prescripción adquisitiva de derechos. En Chile la propiedad de las marcas comerciales no se adquiere por prescripción adquisitiva, sino en virtud de la ley, desde el momento mismo en que la marca es registrada y hasta el momento en que el registro caduca y no es renovado. Vencido el registro, no valen ni uso, ni posesión ni ánimo de señor y dueño. El antiguo titular ya no puede exhibir título de propiedad sobre su marca. Con todo, si bien el art. 584 del Código Civil excluye a "las producciones del talento o del ingenio" del ámbito de la ley civil y dispone que esta "especie de propiedad" se regirá por leyes especiales, a propósito del modo de adquirir las marcas comerciales se ha seguido discutiendo si la prescripción extraordinaria que extingue todas las acciones es aplicable al campo de las marcas comerciales. Si la propiedad de las marcas no se adquiere por prescripción adquisitiva, parece de toda lógica excluir las normas civiles sobre prescripción extintiva, inclusive la prescripción extintiva extraordinaria, y aceptar que la prescripción de las acciones marcarias es sui géneris. La nueva norma propuesta, que adopta en plenitud la del Convenio de París, viene a sancionar de manera incuestionable la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los registros de marcas obtenidos de mala fe.

2. Plazo de prioridad de solicitudes presentadas en el extranjero

El art. 4 del Convenio de París otorga un derecho de prioridad de seis meses a quien presenta una solicitud de registro de marca en cualquier país miembro de la Unión de París para solicitar la misma marca en otro país miembro. Así, cualquier solicitud presentada en el segundo país dentro del plazo de prioridad de seis meses desplazará a otra solicitud de la misma marca presentada en el segundo país con anticipación a la del requirente extranjero.

Esta norma viene incorporada en el art. 20 bis del proyecto. Con todo, estando ya en aplicación en Chile el Convenio de París, su disposición ya tenía valor de ley en Chile. Los arts. 67 y ss. del Reglamento de la Ley N° 19.039 se refieren explícitamente a los derechos del solicitante prioritario extranjero.

No está de más recordar que en la actualidad, salvo que se planteen objeciones u oposiciones, el trámite de registro de una marca en Chile dura aproximadamente cuatro meses y medio, mucho menos que el plazo de prioridad de seis meses, lo que puede hacer ilusoria la norma internacional y también la norma propuesta en el proyecto. En tal caso, según lo dispone el art. 70 del Reglamento, otorgado ya un registro y estando pendiente el derecho prioritario basado en la solicitud extranjera, corresponderá dilucidar cuál de las partes goza de mejor derecho para obtener la deseada protección legal de la misma marca.

3. Caducidad del registro por falta de uso de la marca

Contrariando la práctica existente en la mayoría de los países, la ley chilena no exige el uso efectivo de una marca registrada. Por lo tanto, en nuestro país se puede obtener el registro, mantenerlo durante diez años y renovarlo indefinidamente por períodos iguales y sucesivos de diez años sin necesidad de probar nunca que la marca ha sido usada. Se trata de un criterio sumamente conservador, que da predominio absoluto al derecho de propiedad.

La práctica mayoritaria en el mundo, inclusive en muchos países latinoamericanos, es que el registro puede ser caducado, ya sea de oficio o a petición de parte, si el titular no acredita haber usado la marca por sí o por tercero autorizado, dentro de determinados períodos.

No es infrecuente que muchas empresas tengan "bancos de marcas" registradas para ir echando mano de ellas a medida que sus negocios las necesitan. Llegado el momento, se selecciona la marca más apta para identificar un producto o servicio y las demás se siguen guardando en carpeta. También es usual tener registradas "marcas de protección", ya sea la misma marca en clases que no correspondan a la del producto o servicios o bien marcas parecidas a la que se usa, todo ello para evitar el registro de marcas iguales o susceptibles de confusión para productos o servicios iguales o relacionados. El criterio más aceptado internacionalmente es que las marcas deben ser efectivamente usadas en el comercio o, de lo contrario, deben quedar a disposición de otros interesados.

Ni el Convenio de París ni el ADPIC imponen el uso obligatorio de la marca inscrita.

El art. 15 N° 3 del ADPIC dispone: "Los Miembros podrán supeditar al uso la posibilidad de registro. No obstante, el uso efectivo de una marca de fábrica o de comercio no será condición para la presentación de una solicitud de registro. No se denegará ninguna solicitud por el solo motivo de que el uso pretendido no ha tenido lugar antes de la expiración de un período de tres años contados a partir de la fecha de la solicitud".

La norma de ADPIC es bastante flexible y, con las restricciones señaladas, deja a cada país libertad para condicionar o no el registro y su mantención al uso efectivo de la marca. La obligación de exigir el uso fue un tema que surgió hace algunos años cuando nuestro país hizo denodados esfuerzos por llegar a ser parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA). Este tratado, que en líneas generales está fuertemente inspirado en ADPIC y lo reproduce en lo esencial, reitera la norma de ADPIC ya transcrita, pero agrega en su art. 1708 N° 8 lo siguiente: "Cada una de las Partes exigirá el uso de una marca para conservar el registro. El registro podrá cancelarse por falta de uso únicamente después de que transcurra, como mínimo, un período ininterrumpido de falta de uso de dos años, a menos que el titular de la marca presente razones válidas apoyadas en la existencia de obstáculos para el uso".

El art. 26 bis C del nuevo proyecto de ley introduce el requisito de uso de la marca registrada en los siguientes términos:

"Art. 23 bis C. Si a contar del quinto año a partir de la fecha de concesión del registro la marca no hubiese sido objeto de un uso real y efectivo dentro del territorio nacional, por el titular o por un tercero con su consentimiento expreso, para los productos, servicios o establecimiento comercial y/o industrial para los cuales haya sido concedida; o si dicho uso se hubiese suspendido de forma ininterrumpida por el mismo período de tiempo, ésta incurrirá en una causal de caducidad. Esta podrá alegarse mediante el ejercicio de la acción pertinente, salvo que existan razones válidas que justifiquen el no uso de la misma". Como razones válidas se entienden las circunstancias que surjan independientemente de la voluntad del titular de la marca.

Sin discutir la redacción del texto, la nueva norma introduce el requisito de uso de la marca registrada dentro de los cinco años siguientes a la fecha del registro y también la sanción por interrumpir dicho uso por un período de cinco años.

En otros países el registro pierde vigencia si el titular no acredita uso ante la autoridad competente, quien puede declarar de oficio la caducidad del registro. En Chile la autoridad marcaria no podrá declarar de oficio la caducidad y siempre se requerirá una acción de tercero.

Atenuando en algo la nueva exigencia de uso, el art. 33 bis D considera como uso la utilización de la marca de una manera substancialmente diferente a como está registrada; su utilización sólo para fines de exportación y su utilización para productos o servicios relacionados, de la misma o de otra clase del Clasificador Internacional.

Se ha planteado la posible inconstitucionalidad de esta nueva disposición, ya que todos los registros otorgados bajo la vigencia de la ley actual lo fueron sin la exigencia del uso efectivo de la marca, de manera que no podría declararse su caducidad por no cumplir un requisito que no existía al momento de constituirse el dominio. Para salvar de alguna manera esta objeción, la disposición sexta transitoria del proyecto establece que, respecto de los registros concedidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, la acción de caducidad por falta de uso de la marca solo podrá interponerse una vez transcurrido el plazo de cinco años a partir de la primera renovación del registro hecho con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley. Dicho en otras palabras, todos los registros concedidos antes de la vigencia de la nueva ley serán inatacables por concepto de falta de uso de la marca. La exigencia de uso comenzará solo a partir de la fecha en que el registro sea renovado durante la vigencia de la nueva ley, empezándose con los registros más antiguos que venzan bajo la vigencia de la ley nueva.

4. Infracciones marcarias: ausencia de acciones civiles

La actual Ley N° 19.039 establece varias figuras delictivas relacionadas con infracciones al derecho marcario, especialmente el uso no autorizado y malicioso de una marca ajena registrada. El art. 28 dispone que las infracciones a la Ley de Propiedad Industrial en materias marcarias se sancionan con una multa a beneficio fiscal de 100 a 500 UTM y, en caso de reincidencia dentro de los últimos cinco años, la multa se puede hasta duplicar. Los condenados serán obligados al pago de las costas, daños y perjuicios causados al dueño de la marca, en tanto que los utensilios y los elementos usados para la falsificación o imitación serán destruidos y los objetos con marca falsificada caerán en comiso a beneficio del propietario de la marca.

Prácticamente todas las normas que conceden acción penal se basan en la existencia de una marca debidamente registrada en Chile.

Diversas disposiciones del Convenio de París imponen a los países adherentes la obligación de otorgar protección a los derechos marcarios de los nacionales de otros países miembros y especialmente a prohibir el uso de marcas notorias y a reprimir la competencia desleal, entendiendo

por tal todo acto de competencia contraria a los usos honestos en materia industrial o comercial, como, por ejemplo, cualquier acto capaz de crear una confusión respecto de los productos de un competidor, las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio, etc., para lo cual los países miembros se comprometen a asegurar a los nacionales de los demás países los recursos legales apropiados, que no necesariamente deben ser de naturaleza penal.

El art. 16 de ADPIC, recogido en buena parte por el proyecto de ley, dispone que el titular de una marca registrada tiene el derecho exclusivo de impedir que terceros, sin su consentimiento, utilicen signos idénticos o similares para bienes o servicios idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando tal uso dé lugar a probabilidades de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. Estos derechos se entenderán sin perjuicio de derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de que los Estados miembros reconozcan derechos basados en el uso, sin necesidad de que exista marca registrada. La protección que el Convenio de París reconoce a la marca notoria (art. 6 bis) se aplicará *mutatis mutandis* a bienes o servicios que no sean de la misma clase para la cual la marca está registrada, siempre que la marca infractora indique una conexión entre tales bienes o servicios y el titular de la marca registrada. ADPIC exige que los países adherentes contemplen normas legales que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones sin que ello pueda derivar en la creación de obstáculos al comercio legítimo. Los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos, no serán innecesariamente complicados o gravosos ni comportarán plazos injustificados o retrasos indebidos.

ADPIC, en sus arts. 42 y siguientes, establece una serie de normas sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos que deberán ser puestos al alcance de los titulares de derechos marcarios y otros. El art. 45 establece que las autoridades judiciales podrán ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido. Como medio eficaz de disuasión de las infracciones, las autoridades judiciales podrán ordenar que las mercaderías infractoras sean incautadas o destruidas.

El proyecto de ley mantiene exclusivamente las figuras penales y las acciones penales y no contempla acciones civiles, salvo las que pueden iniciarse durante un proceso penal, a diferencia de lo que sucede en muchos otros

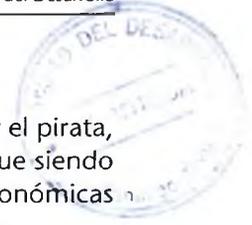
países, en que las infracciones marcarias se pueden perseguir ya sea por vía penal, ya sea por vía civil.

El nuevo proyecto de ley no contempla ninguna protección especial a las marcas notorias ni tampoco acciones basadas en el uso de una marca y restringe nuevamente las acciones penales a casos en que se infringe una marca registrada. El proyecto mantiene la norma de que los condenados serán obligados al pago de las costas, daños y perjuicios causados al dueño de la marca, pero agrega que los objetos con marca falsificada y los utensilios y elementos usados para la falsificación o imitación caerán en comiso para su posterior distribución benéfica, de acuerdo con las reglas que disponga el reglamento. Esta distribución benéfica no puede ser más lamentable y perjudicial para el dueño de la marca registrada que tuvo éxito en un proceso contra el infractor. Piénsese, por ejemplo, el gravísimo daño que tal distribución benéfica puede causar al titular de una marca famosa para ropa de alta calidad si la mercadería que imita los modelos y copia la marca famosa se distribuye gratuitamente a la población de menores recursos. Lo menos que puede suceder es que nunca nadie vuelva a comprar una sola prenda al legítimo dueño de la marca, que habrá perdido de golpe el sitial que le correspondía como signo de calidad y exclusividad. Esta proposición del Ejecutivo debe ser eliminada por completo del proyecto de ley.

5. Multa: sanción irrisoria para un delito marcario

El art. 61 de ADPIC dispone que “los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial”. “Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente”.

La Ley N° 19.039 impone a los infractores de derechos marcarios el pago de una multa a beneficio fiscal de 100 a 500 UTM. En su equivalente en moneda nacional a junio del 2000 las multas van de \$ 2.705.400 a \$ 13.527.000. Con un dólar a \$ 530, la multa máxima equivale a \$ 25.522.641 en moneda nacional. Si se considera que la explotación de una marca extranjera notoria para productos de consumo masivo, especialmente para ropa y calzado, puede dar lugar a ventas por varios millones de dólares al año en Chile, una multa máxima de US\$ 25.000 resulta francamente irrisoria, máxime si se consideran los costos de un proceso penal, los largos años de espera para obtener una sentencia definitiva, la pérdida de mercado en el intertanto



por imposibilidad de usar la marca registrada en forma ilegítima por el pirata, etc. La duplicación de la multa propuesta por el proyecto de ley sigue siendo una sanción increíblemente leve para las graves consecuencias económicas que ha debido sufrir quien se considera legítimo dueño de la marca.

No cabe la menor duda que la sanción propuesta es inútil en la práctica como arma para combatir la piratería de marcas y la competencia desleal y que ni esta sanción ni la distribución benéfica de los productos infractores incautados pueden considerarse el “medio eficaz de disuasión de las infracciones” a que aspira el art. 46 de ADPIC.

No está de más recordar aquí que en materia de sanción a las infracciones la Ley de Propiedad Industrial es la Cenicienta dentro del más amplio campo de la propiedad intelectual. Las escuálidas multas aplicadas por la Ley N° 19.039 y en la práctica mantenidas por el proyecto de ley reflejan un desdén del poder legislativo respecto de los titulares de patentes de invención, marcas comerciales, modelos de utilidad y diseños industriales, en contraste con la severidad con que la Ley N° 17.336 sanciona a los infractores de los derechos de autor y derechos de propiedad intelectual en general y la Ley N° 19.342 a los infractores a derechos sobre obtenciones vegetales protegidas. Estas dos leyes sancionan las infracciones a sus normas con penas privativas de libertad de hasta presidio menor en su grado mínimo (de 61 hasta 540 días), más una multa de 5 a 50 UTM, según sean los casos. En determinadas circunstancias las penas se pueden aumentar en un grado (hasta un máximo de tres años de presidio) en caso de reincidencia.

Resulta urgente equilibrar las sanciones penales que aplican las leyes N° 17.336, N° 19.039 y N° 19.342, todas del ámbito de la propiedad intelectual, de modo que delitos de similar significación reciban penas también similares o equivalentes, tal como lo postula ADPIC. Por el momento y como también se aprecia del proyecto de ley, los titulares de derechos de propiedad industrial están y seguirán estando claramente desprotegidos respecto de sus pares en materias relacionadas y el proyecto de ley nada hace por mejorar su situación.

6. Marcas que adquieren distintividad por el uso

Por definición una marca comercial debe ser “distintiva”, esto es, debe ser capaz de desempeñar la función de diferenciar el producto de una empresa de los productos o servicios de otras empresas, de manera que los consumidores los puedan distinguir suficientemente y así se pueda evitar que ellos sean inducidos a errores, confusiones o engaños acerca de la procedencia, calidad y género de los productos o servicios. Por consiguiente,

una marca no distintiva no puede gozar de protección legal. Generalmente se trata de expresiones genéricas, indicativas, descriptivas o de uso común y corriente, cuyo empleo debe quedar a la libre disposición de todos los industriales y comerciantes.

Con todo, la práctica ha venido demostrando que con no poca frecuencia se emplean en el comercio marcas que, si bien en teoría no son distintivas e incluso algunas son abiertamente indicativas y descriptivas de los productos o servicios, el público llega a distinguirlas de las marcas de la competencia y a considerarlas precisamente como "signos distintivos". En algunos países existe un criterio en extremo flexible y liberal para otorgar protección a términos que son apenas una variación de la palabra genérica común y corriente, mientras que en Chile la jurisprudencia ha sido muchísimo más estricta. No obstante, también en nuestro país se han dado casos de marcas que, si bien en teoría nunca podrían haberse considerado como marcas, con el uso han llegado a serlo y en algunos casos han tenido notable éxito. Por citar un ejemplo, la marca "SUPER POLLO" para distinguir precisamente pollos faenados o carne de pollo, es reconocida por los consumidores. Inicialmente fueron rechazadas las solicitudes para registrarla, pero con los años la marca llegó de alguna manera a quedar inscrita, lo que no es sino una demostración de que ella adquirió distintividad marcaria a través del uso y publicidad.

El art. 15 N° 1 de ADPIC establece: "Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso".

Si bien ADPIC no impone ninguna norma y reconoce que esta posibilidad queda entregada a las disposiciones locales de cada país Miembro, el proyecto de ley recoge esta idea en el inciso primero del art. 19: "Cuando los signos no sean intrínsecamente distintivos, podrá concederse el registro si han adquirido distintividad por medio de uso en el mercado nacional".

Lamentablemente la norma propuesta es restrictiva, en el sentido que sólo se puede otorgar registro en Chile a marcas no intrínsecamente distintivas que hayan adquirido distintividad por el uso, a condición de que ello haya ocurrido dentro del país. Esto significa que una marca que haya adquirido distintividad por el uso a nivel internacional e incluso que haya llegado a ser una marca notoria, pero nunca se haya usado en Chile, no podría registrarse en estas condiciones en el país. Atendida la globalización del comercio actual y el rapidísimo intercambio de información que existe entre todos los mercados a través de revistas, medios de comunicación audiovisual e Internet, la restricción parece inadecuada.

7. Protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen

Al definir el ámbito de protección de la propiedad industrial, el Convenio de París (art. 1 N° 2) señala como uno de sus objetos a las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen. Sin embargo, en su articulado posterior no contiene disposiciones específicas al respecto, salvo normas generales contra la competencia desleal. El Arreglo de Lisboa, del cual Chile no es parte, definió y reglamentó las denominaciones de origen. ADPIC prefirió definir esta materia bajo el título de "Indicaciones Geográficas" en sus arts. 22 y siguientes. Siguiendo de cerca la definición de denominación de origen dada por el Arreglo de Lisboa, ADPIC define las indicaciones geográficas como "las que identifican un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico".

El art. 20 letra e) de la Ley N° 19.039 prohíbe registrar como marcas las expresiones empleadas para indicar el origen, nacionalidad o procedencia de los productos, servicios o establecimientos, pero omite toda referencia al concepto de indicación geográfica o denominación de origen propiamente tal.

Manteniendo la norma del art. 20 letra e), el proyecto de nueva ley de propiedad industrial agrega al art. 20 una letra j) que prohíbe registrar como marcas "las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen, entendiéndose por tales las que identifiquen a un producto como originario de un país, región o localidad, cuando determinada calidad, reputación o característica del mismo se deba fundamentalmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y humanos". Esta definición corresponde más precisamente a la definición de denominación de origen del Arreglo de Lisboa, que es la más aceptada por la doctrina.

ADPIC dispone que los países Miembros deberán arbitrar los medios legales para que los interesados puedan impedir la utilización de expresiones que, al designar o presentar un producto, indiquen o sugieran que el mismo proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al verdadero origen geográfico del producto. En su art. 23 ADPIC incluye normas específicas sobre falsas indicaciones geográficas para identificar vinos y bebidas espirituosas. En virtud del art. 24, los Miembros de ADPIC convinieron en entablar negociaciones encaminadas a mejorar la protección de las indicaciones geográficas.

La nueva disposición legal, así como los compromisos y derechos que Chile adquiere en virtud de ADPIC, irán adquiriendo mayor relieve a medida que el concepto de denominaciones de origen se asiente en forma más definitiva en nuestro país. Chile, cuyos vinos han ido adquiriendo día a día mayor prestigio internacional, debe prestar cada vez mayor atención a la protección de las denominaciones de origen, lo que supone al mismo tiempo reconocer la validez de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas extranjeras.

A este último respecto merece destacarse la jurisprudencia mayoritaria del Departamento de Propiedad Industrial, que, sin tener una norma legal explícita, ha rechazado en muchas ocasiones solicitudes de registro de marcas consistentes en famosas denominaciones de origen de vinos extranjeros, especialmente francesas, tales como Champagne, Cognac, Bordeaux, Beaujolais, Medoc, Sauterne, etc.

8. Protección especial a las marcas notorias

Recordemos que el Convenio de París data de 1883. El art. 6 bis del Convenio compromete a los países Miembros a proteger las marcas notoriamente conocidas, ya sea rehusando o invalidando el registro de una marca o prohibiendo su uso en el comercio cuando tal marca es la reproducción, imitación, traducción, susceptibles de causar confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estime que es allí notoriamente conocida como marca de una persona que pueda beneficiarse del convenio, todo ello cuando la marca es utilizada para productos idénticos o similares. Recordemos también que el convenio prohíbe fijar plazo para demandar la nulidad de un registro de marca obtenido de mala fe. La misma norma se extiende a prohibir el uso de una marca utilizada de mala fe. Estas normas se complementan con las de protección de los nombres comerciales, las que prohíben el uso de indicaciones falsas en cuanto a la procedencia del producto o a la identidad del productor y las que buscan asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal, para todo lo cual los países Miembros se comprometen a asegurar a los nacionales de los demás países de la Unión de París los recursos legales apropiados para defender sus derechos.

En Chile, el Decreto Ley N° 958, de 1931, no contenía normas específicas de protección a las marcas notorias. Con todo, interpretando con amplitud y buen criterio las disposiciones legales que prohibían registrar marcas que pudieran inducir a error o engaño a los consumidores y también las que atentaban contra las buenas costumbres, la jurisprudencia de la época asentó una notable jurisprudencia de protección a las marcas notorias,



especialmente extranjeras, constituyéndose así en una poderosa valla contra la piratería de marcas. La Ley N° 19.039 incluyó en su art. 20 letra g) una prohibición de registro de marcas iguales o similares en lo gráfico o fonético y susceptibles de confundirse con marcas registradas en el extranjero para los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales y/o industriales, siempre que ellas gocen de fama y notoriedad. Esta norma ha sido ampliamente aplicada por la jurisprudencia del Departamento de Propiedad Industrial y del Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial en segunda instancia. Lo notable de la norma chilena es que no exige que la marca extranjera goce de notoriedad en Chile y ni siquiera que haya sido usada en nuestro país. Basta con que la marca sea bien conocida en otros países. La norma nacional y la jurisprudencia al respecto son extraordinariamente favorables para los litigantes extranjeros y se puede decir que esta disposición va más allá de las exigencias del Convenio de París.

En todo caso, el art. 1 N° 1 del Acuerdo ADPIC dispone: “Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo”.

En su art. 16 ADPIC amplía la protección de las marcas notorias a las marcas de servicios. El Convenio de París limitaba la protección a las marcas de productos. Recordemos que Chile no hacía la distinción y que siempre ha otorgado protección a las marcas notorias en ambos rubros. ADPIC explicita también que la notoriedad no se refiere exclusivamente a la que poseen las marcas renombradas para el público en general, sino que se tomará la notoriedad de la marca en el sector pertinente del público e inclusive la notoriedad adquirida como consecuencia de la promoción de la marca, no necesariamente de su uso. También dispone aplicar la protección de la marca notoria respecto de bienes o servicios que no sean similares a aquellos para los cuales la marca ha sido registrada, a condición de que el uso de la marca por un tercero para bienes o servicios diferentes indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada y a condición de que sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada.

El proyecto de ley en trámite introduce el concepto de relación de clases o de productos, servicios o establecimientos similares pertenecientes a distintas clases, criterio ya ampliamente aplicado por la jurisprudencia y, procurando reforzar el concepto y la protección de las marcas notorias, da una redacción mucho más extensa al art. 20 letra g) de la Ley N° 19.039. Así, por ejemplo, reproduce el criterio de ADPIC en cuanto a que la fama o notoriedad de la marca pueden estar circunscritas al “sector pertinente del público que actualmente consume esos productos, demanda esos servi-

cios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales y/o industriales, en el país originario del registro". Dicho en otras palabras, no se requiere que una marca sea notoria para el público en general, sino que basta con que sea bien conocida por un sector especializado de consumidores, y ello no en Chile, sino en el extranjero.

Lamentablemente el inciso final del art. 20 letra g) propuesto en el proyecto mezcla la protección que se reconoce a las marcas registradas y notorias en el extranjero con la protección a marcas registradas en Chile que también gozan de fama y notoriedad, en cuyo caso podrán servir de base para impedir el registro de otros signos idénticos o similares para distinguir productos, servicios o establecimientos distintos e incluso no relacionados, a condición de que exista algún tipo de conexión entre ellos y que sea probable que la protección que se pide otorgar lesione los intereses de la marca notoria registrada. Al mezclar dos causales diferentes de prohibición de registro de una marca, el conjunto del art. 20 letra g) resulta más complicado de lo conveniente.

9. Otras modificaciones y vacíos legales

En los acápite anteriores hemos señalado algunas de las varias modificaciones que el actual proyecto de ley recoge del Convenio de París y de ADPIC para adaptar la legislación interna a las disposiciones de los convenios internacionales a los que Chile ha adherido. Naturalmente existen muchas otras disposiciones tanto en el Convenio de París como especialmente en el Acuerdo ADPIC que entrarán a coexistir con la legislación chilena sin que ésta las adopte en sus textos internos, pero sería muy largo referirnos a todas ellas en esta oportunidad.

Por otra parte, la práctica administrativa y la jurisprudencia han ido buscando soluciones realistas a los múltiples problemas que se plantean en la tramitación administrativa y procesal de las marcas, algunas de las cuales se adoptan en el nuevo proyecto, mientras que otras simplemente quedan sin solución para el futuro.

Para dar sólo algunos ejemplos cabe mencionar los siguientes: a) La Ley N° 19.039 regula únicamente los actos jurídicos que afectan al registro de una marca y que se celebran en Chile y no contiene norma alguna sobre actos jurídicos realizados en el extranjero. La norma actual está redactada de tal manera que parece excluir la posibilidad de que una marca registrada en Chile sea transferida o licenciada en el extranjero, lo que no se justifica y ha debido dar lugar a soluciones prácticas de "mera tolerancia", pero extralegales. b) El proyecto de ley no se pronuncia sobre un tema tan

crucial, pero al mismo tiempo debatido a nivel mundial, como son las importaciones paralelas o el agotamiento del derecho del titular de la marca registrada. La materia ha sido tratada en Chile únicamente por las Comisiones de la ley antimonopolios y sobre la base de criterios únicamente jurisprudenciales, sin que haya una norma legal al respecto. c) El proyecto de ley aumenta los gravámenes actuales por el registro de marcas e introduce nuevos gravámenes, lo que desalienta la inscripción de marcas nuevas y la defensa de marcas registradas en juicios de oposición, en que el nuevo gravamen se aplica exclusivamente a la parte demandante con el explícito propósito de desalentar y “evitar el ejercicio abusivo de las oposiciones”, según lo señala el Mensaje del Ejecutivo. d) Adoptando el criterio del Convenio de París, el proyecto alarga de 30 días a 6 meses el período de gracia para renovar un registro de marca al momento de su vencimiento. Si la solicitud de renovación se presenta después de vencido el plazo, se aplica una sobretasa mensual por sobre los derechos normales. e) De manera injustificada y peligrosa, al titular de una marca que obtuvo la nulidad de otra se le prohíbe por 6 meses perseguir la responsabilidad del titular del registro anulado. La mayoría de los registros anulados corresponden a marcas “pirateadas”. Esto quiere decir que el pirata que perdió su marca tendrá a lo menos 6 meses para seguir usándola de la manera que le parezca más provechosa, burlándose de los derechos de quien lo venció en juicio y pudiendo usar la marca de una manera francamente denigratoria, hasta llegar a destruir o perjudicar gravemente el prestigio e imagen de calidad de una marca mundialmente famosa. f) Se suprime la doble revisión de fondo de las solicitudes de marcas, pero una aparente mala transcripción del texto hace ininteligible e inoperante el procedimiento. g) No dejan de llamar la atención algunas incongruencias del texto del proyecto, cuyo art. 1° dispone que “esta ley tipifica las conductas consideradas desleales en el ámbito de la protección de la información no divulgada”, pero que no contiene norma alguna al respecto. h) Llama también la atención que el proyecto de ley que adecúa diversas normas legales al Acuerdo de Marrakech, según mensaje N° 007-341, establece que “las disposiciones de la presente ley se aplicarán en forma supletoria a las del Acuerdo OMC” (art. 1° inciso segundo). Dicho en buen romance, el Acuerdo OMC tiene valor preeminente por sobre la ley chilena, que se aplica en silencio de la norma convencional internacional.

Uno de los aspectos esenciales y más novedosos del Acuerdo ADPIC consiste en el establecimiento de un sistema de prevención y solución de diferencias. De acuerdo con el art. 63 N° 3, cuando un país miembro tenga razones para creer que una decisión judicial, resolución administrativa o acuerdo bilateral en la esfera de los derechos de propiedad intelectual afecta a los derechos que le corresponden en virtud de ADPIC, podrá solicitar por escrito que se le dé acceso a la decisión judicial, resolución administrativa

o acuerdo bilateral en cuestión o que se le informe con suficiente detalle acerca de ellos, salvo en caso que lo anterior implique divulgar información confidencial o perjudique intereses comerciales legítimos. En los casos de procedimientos administrativos contenciosos (art. 41 N° 3), se dará a las partes la oportunidad de una revisión por una autoridad judicial. En caso de conflictos son plenamente aplicables en materia de propiedad intelectual las disposiciones de los arts. XXII y XXIII del Acuerdo de Marrakech, desarrolladas y aplicadas por el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, que ya está en plena aplicación.

Finalmente, cabe tener en cuenta que en el último tiempo se han celebrado a nivel internacional diversos convenios relacionados con la propiedad industrial, entre ellos el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) y el Protocolo de Madrid, que buscan centralizar en grandes aparatos burocráticos internacionales la inscripción de patentes y marcas con validez simultánea para muchos países. En la medida que los países desarrollados participan en estos Convenios, los países menos desarrollados se están viendo forzados a participar en ellos, aunque la conveniencia de hacerlo no es siempre muy clara y aunque hay razones constitucionales que los hacen de dudosa legalidad, al menos tal como están concebidos.

Se espera que también se regule internacionalmente la relación entre marcas comerciales y nombres de dominio en Internet, materia de máxima actualidad y fuente de permanentes conflictos, pero de no fácil solución.

Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile

Cecily Halpern Montecino

Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Y UNIVERSIDAD DE CHILE

Directora de Carrera

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Organización Internacional del Trabajo como fuente primigenia de las normas internacionales laborales

En materia de derechos laborales y en aquellos de seguridad social, al igual como sucede en otras ramas del derecho, los diversos países del mundo, incluido por supuesto el nuestro, se encuentran permanentemente expuestos y compelidos a enriquecer su derecho interno con normas del ámbito internacional. En los últimos tiempos, con motivo del proceso de globalización de la economía, la gran movilidad de trabajadores de un país a otro, y la creciente interdependencia económica, la circunstancia señalada se ha convertido más que en un desafío, en una imperiosa necesidad. Los países no pueden desconocerla si quieren mantener un orden social estable al interior de cada uno de ellos y cumplir adecuadamente su rol de mantención del vínculo entre progreso social y crecimiento económico.

La competitividad, la apertura de los mercados y la reestructuración económica los interpelan y urgen a la adopción de normas modernas, basadas en principios de aplicación universal que estructurarán a la larga un derecho supranacional.

En una gran medida, en las áreas a las cuales nos referiremos, esto es, lo laboral y la seguridad social, estos principios de carácter internacional son establecidos en el seno de un organismo especializado dentro del sistema de Naciones Unidas, cual es la **Organización Internacional del Trabajo**. Esta organización data del año 1919, año en el cual se firma el Tratado de Versalles. Como se sabe, en virtud de este tratado se puso término a la Primera Guerra Mundial; en su Capítulo XIII se contempló la creación de la OIT. Este hecho merece destacarse, por cuanto es revelador de la alta importancia adjudicada, por los países intervinientes en el conflicto bélico, a esta organización, instituida para velar por los derechos laborales y de la seguridad social en el ámbito internacional.

En efecto, se concibió entonces, tal como sucede también hoy en día, que la existencia de un sistema de normas internacionales basadas en la justicia social contribuiría a una paz duradera. Este fue el motivo más elevado, y tal vez el señero, para contar con un sistema de normas internacionales del trabajo, y aquel que aún suena con mayor convicción en el mundo entero.

La OIT como fuente de un derecho supranacional, objeto fundamental del presente estudio, es, aún en la actualidad, la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer normas internacionales del trabajo y ocuparse de ellas. Goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, dando vida a lo que se ha dado en llamar el **Derecho Internacional del Trabajo**.

Es indudable la influencia que el conjunto de normas y principios de derecho laboral emanados de dicha fuente internacional ha tenido en la universalización de los mismos en los distintos países. No obstante, debe tenerse presente que existen otras fuentes de este derecho, como la OEA, la ONU y otro importante número ha tenido su fuente en acuerdos de carácter bilateral entre gobiernos.

En adición al esencial propósito de las normas del trabajo de carácter internacional ya señalado, es posible sostener que entre sus objetivos se encuentran también los de contribuir al desarrollo de los recursos humanos nacionales y acrecentar las posibilidades de captar inversión extranjera directa y lograr crecimiento económico, fuera de evitar la competencia desleal entre los Estados.

En el informe sobre el desarrollo mundial 1995, del Banco Mundial, "El mundo del trabajo en una economía integrada", se abordan una serie de asuntos relacionados con las normas internacionales del trabajo, destacando la utilidad de las normas bien concebidas. Se sostiene que ellas provocan una mejoría general de las relaciones laborales y tienden a aumentar la productividad de los trabajadores.

Por otra parte, se puede afirmar que las normas internacionales del trabajo también sirven para mejorar las condiciones de trabajo y hacerlas más humanas. Las deplorables condiciones en que se desarrollaba el trabajo en los comienzos de la era de la industrialización en Europa contribuyó a motivar la conciencia internacional en pro del establecimiento de normas laborales mínimas de carácter universal. En el presente, lo anterior cobra un nuevo sentido y alcance con el proceso de mundialización.



Ello se relaciona con circunstancias tales como la necesidad de reglamentar situaciones de por sí internacionales que de hecho exigen la acción conjunta de diversos Estados (condiciones laborales de los trabajadores migrantes, manipulación de cargas transportadas de un país a otro, etc.)

Lo anterior fue expuesto con claridad en la Memoria del Director General, de 1997, quien señaló: *“Dejando de lado las divergencias de interpretación que dividen a los especialistas, debe reconocerse que muy probablemente la opinión pública seguirá percibiendo en gran medida que este fenómeno muestra la tendencia inevitable a una nivelación por lo bajo de la remuneración laboral que se pagará por trabajos de calificación idéntica, en un mercado donde las mercancías y los capitales pueden circular libremente. Pero esa liberalización puede entrañar al mismo tiempo el riesgo, como se nos advierte en el Preámbulo de la OIT, de que la competencia internacional, al inhibir la voluntad de progreso de ciertos Estados Miembros, pueda constituir un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.”*

En este documento, el Director General señala que los efectos de la competencia internacional, que tienden a ser un obstáculo para la mejora de las condiciones de trabajo, constituyen la razón de ser y el objetivo de las normas internacionales del trabajo. Asimismo, destacó que la labor normativa de la OIT debía levantar el reto que plantea la mundialización, reafirmando el valor de la justicia social y trabajando con los Estados Miembros para bregar por ella en el contexto de las oportunidades que ofrece una vigorosa economía mundial.¹

Los objetivos de dicha organización se encuentran en el preámbulo de su Constitución y en la llamada “Declaración de Filadelfia”, instrumento aprobado en 1944, por la Conferencia General, e incorporado a la Constitución dos años después.

En conformidad con los mencionados documentos, los objetivos fundamentales de la OIT pueden sintetizarse en *la promoción, a través de medidas específicas, del mejoramiento en las condiciones de trabajo en el ámbito mundial.*²

Los principios que inspiran la acción de la OIT, que, como se dijo, están contenidos en el Preámbulo de su Constitución, son, entre otros, los siguientes:

¹ www.ilo.org

² Montt Balmaceda, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, 1984, págs. 29 y siguientes.

- a. La paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;
- b. El trabajo no es una mercancía;
- c. La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;
- d. La lucha contra la necesidad debe proseguirse con creciente energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concentrado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común;
- e. Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;
- f. El logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional.

El tripartismo que caracteriza a la OIT, esto es, la participación, en pie de igualdad, de los representantes gubernamentales, de los empleadores y de los trabajadores de los respectivos miembros de la organización, en sus labores, ha demostrado ser un sistema eficaz de acción dentro de ella, y una garantía de "viabilidad" en la aplicación práctica de sus acuerdos, y le ha conferido además el ambiente de una activa y permanente negociación, al hacer concurrir y armonizar las tres fuerzas que se mueven en la dinámica humana del trabajo moderno.

Los Convenios Internacionales de la OIT

La existencia de la Organización Internacional del Trabajo, unida a la estructura tripartita que se le ha otorgado, hace que los países estén permanentemente actualizando su normativa interna de modo de adecuarla a los principios y derechos fundamentales que ella establece, los cuales adquieren vida jurídica en virtud de los llamados **Convenios Internacionales**.

Cuando la Conferencia General, órgano legislativo de la OIT, adopta un convenio, el texto del nuevo instrumento se envía a todos los Estados Miembros para que puedan considerar la posibilidad de aplicarlo; lo anterior significa que una de las obligaciones fundamentales impuestas a los gobiernos por la Constitución de la OIT reside en someter los convenios y recomendaciones a la autoridad a quienes compete el asunto.

Lo anterior se complementa con un sistema de control regular para supervisar la aplicación de los convenios, que han sido objeto de unas 6.500 ratificaciones por parte de los 172 Estados miembros de ella. En efecto, los

gobiernos tienen la obligación de presentar memorias sobre los convenios ratificados según calendario de presentación periódica.

Respecto de su naturaleza jurídica, el asunto también ha sido discutido, por el hecho de que sus normas, aun en el evento de su no ratificación por los Estados, dan origen a ciertas obligaciones por parte de éstos, como son las de someter su texto a las autoridades competentes y de mantener informada a la OIT sobre el estado de la legislación positiva interna en relación a la materia del convenio.

Es interesante tener presente esta característica; en efecto, en conformidad con las disposiciones constitucionales de la organización, todos sus miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a ella, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios. Existe, por tanto, una suerte de obligación internacional de cada Estado Miembro al respecto.

Lo anterior figura previsto en el procedimiento de sumisión de instrumentos de la OIT a las autoridades nacionales competentes, contenido en su Constitución, al establecerse que *"dado que por lo general, para aplicar el convenio o la recomendación es preciso legislar, en la mayoría de los casos la autoridad competente será el Parlamento, la Asamblea Legislativa o el Congreso del país en cuestión. Este órgano decidirá si el instrumento adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo se aplicará a escala nacional y, en ese caso, procederá a incorporar las disposiciones del mismo en la legislación nacional."*

Respecto del punto relativo a que si estos convenios de la OIT constituyen "clásicos" tratados internacionales o no lo son, existen también ciertas disquisiciones a realizar. En efecto, por la circunstancia de emanar de un organismo internacional y no de un acuerdo bilateral entre Estados, pueden ser suscritos por un indefinido número de Estados; además, a su adopción por la Conferencia Internacional del Trabajo, y atendido el carácter tripartito de ésta, no sólo concurren los gobiernos, sino que también los representantes de los empleadores y de los trabajadores de los respectivos sectores nacionales, por lo que estos convenios constituyen el resultado de negociaciones dentro de un verdadero y amplio "cuerpo colegiado internacional" y no representan el fruto de negociaciones entre los Estados signatarios exclusivamente; y por último, respecto a su objetivo esencial, en tanto que el tratado bilateral suele establecer beneficios recíprocos entre los Estados signatarios, el convenio internacional del trabajo tiende, básicamente, a la protección de los trabajadores en general y sin consideración, por ende, de su nacionalidad.

Conocida es, sobre otras, la concepción de Georges Scelle, para quien, tales instrumentos constituyen verdaderas “leyes internacionales” sujetas, para entrar en vigor, a cumplimiento del “acto-condición” de la ratificación por el correspondiente Estado. En verdad, los convenios internacionales del trabajo representan, en este sentido, verdaderos tratados-leyes de índole multilateral, atendida la posibilidad de que a ellos adhieran diversos Estados. La circunstancia de que en rigor, hasta el momento de la ratificación por el Estado interesado, no exista obligación propiamente tal de cumplimiento de los convenios, ha llevado también a algunos a definir a éstos como instrumentos “cuasilegislativos” o “prelegislativos”.³

Renovación del compromiso internacional de los Estados Miembros de la OIT

Dentro de este contexto, creo conveniente destacar que, en el mes de junio de 1998, la Conferencia General de la OIT adoptó una declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, mediante la cual todos los Estados Miembros renovaron su compromiso de respetar, promover y hacer efectivas la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso y obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Lo anterior con el fin de que las políticas económicas y sociales de los países se refuercen mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia.

Del mismo modo, la Organización ha creado un programa específico cuyos objetivos son dar a conocer mejor la Declaración a los diferentes agentes, reforzar las actividades de cooperación técnica que permitan la integración de los principios y derechos fundamentales en los programas nacionales de desarrollo.

Chile y la ratificación de los Convenios de la OIT

El año 1999 fue de gran relevancia para nuestro país, en lo que a ratificaciones de Convenios se refiere. Con ello, nuestro país pretende ponerse al día con las tendencias universales, para facilitar la integración de mercados y la movilidad de trabajadores. Siguiendo los procedimientos que la legalidad vigente establece, una serie de Convenios de la OIT, fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

³ Montt Balmaceda, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, 1984, pág. 67.

En efecto, el 3 de marzo de 1999 se publicó en el Diario Oficial la promulgación del Convenio N° 42, relativo a la Indemnización por Enfermedades Profesionales; el Convenio N° 103, relativo a la Protección de la Maternidad; el Convenio N° 115, relativo a la Protección de los Trabajadores contra las Radiaciones Ionizantes; el Convenio N° 136, relativo a la Protección contra los Riesgos de Intoxicación por el Benceno; el Convenio N° 156, sobre Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares.

Del mismo modo, el 12 de mayo del mismo año fueron publicados los Convenios N° 87, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948; N° 98, relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, adoptado el 1° de julio de 1949; el N° 105, relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, adoptado el 25 de julio de 1949; y el N° 138, sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, adoptado en 26 de junio de 1973.

La ratificación de este último acuerdo internacional provocó que en el plano nacional se promoviera el aumento de la edad mínima para la suscripción de un contrato de trabajo, desde los 14 a los 15 años, iniciativa que con fecha 3 de julio de 2000, se convirtió en ley, con el N° 19.684; dicha norma modificó el artículo 13 del Código del Trabajo en los términos señalados precedentemente

Por otra parte, también como una forma de concretar los compromisos internacionales contraídos, en fecha reciente el Congreso Nacional ratificó el Convenio N° 182, sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil, y la Acción Inmediata para su Eliminación, asumiendo de este modo el compromiso de seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva de determinados trabajos de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores y evite que ellos sean objeto de abusos generalizados. Creo útil hacer notar que para los efectos de este convenio, el término "niño" designa a toda persona menor de 18 años.

Los Convenios de la OIT, la Constitución y la Ley interna

Como se señaló antes, dichos convenios establecen grandes principios de orden universal, por lo que siempre se requerirá la dictación de normas internas específicas que regulen las materias en el orden nacional, o bien, si ellas ya existen y son de un contenido distinto, se necesitará de su modificación o reforma, al tenor de los principios contenidos en el convenio ratificado.

En rigor, la correcta técnica legislativa en materia de ratificación de convenios sería –en mi opinión– la previa promulgación de leyes para poder aplicarlos plenamente y sin contradicciones con el derecho interno vigente y luego ratificarlos, o bien, que dicha ratificación se posponga para disponer de tiempo a efectos de proceder a ello. Lo anterior está previsto, por lo demás, entre las medidas que la propia OIT señala que pueden adoptar los Estados para ratificar los convenios.

Dada la implicancia que la ratificación de los Convenios N° 87 y 98, de los años 1948 y 1949 respectivamente, tendrá en nuestro derecho interno, me detendré especialmente en ellos para un mayor análisis.

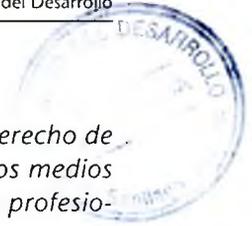
Su ratificación ha provocado más de alguna discusión, debido a las importantes materias a las que ellos se refieren, pues tienen que ver con el reconocimiento y ejercicio de derechos elementales en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, como son el derecho de la libertad sindical, la protección del derecho de sindicación y la negociación colectiva. Cabe señalar que ambos convenios tienden al reconocimiento de los derechos antes indicados, pero el primero lo hace fundamentalmente frente al Estado, y el segundo, frente a los empleadores.

Mi opinión es que los antedichos convenios de la OIT se insertan dentro de la categoría de “tratados sobre derechos esenciales de la naturaleza humana”.

El Convenio N° 87, de 1948, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación frente al Estado, contiene en su normativa, los siguientes principios de la libertad sindical:

a) Reconocimiento general del derecho de sindicación; b) Concepto de “organización”; c) Constitución de las organizaciones, elección de sus representantes y derecho a formular los programas de acción de aquéllas; d) Federaciones y confederaciones y afiliación a organizaciones sindicales internacionales; e) Adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones y respeto a la legalidad; f) Garantía de no disolución o suspensión de las organizaciones por la vía administrativa, y g) Otras garantías

Debemos llamar la atención sobre el punto de que ni este convenio, ni el N° 98, ni el N° 151, de 1978 (sobre Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública), ni el N° 154, de 1981 (sobre el Fomento de la Negociación Colectiva), dicen algo en relación con el derecho de huelga.



No obstante, el Comité de Libertad Sindical ha resuelto que *“el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales.”*

Por otra parte, el mismo comité puso de relieve que, *“cuando las huelgas están prohibidas o se hallan sujetas a restricción, a que exista algún procedimiento que garantice plenamente los derechos de los trabajadores que se hallan así privados de un medio esencial de defender sus intereses profesionales,”* y señaló que *“la limitación del derecho de huelga en los servicios esenciales o en la función pública debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos, en los que los interesados puedan participar en todas las etapas”.*

A su turno, el comité estimó que *“la prohibición de huelgas que no revisten un carácter profesional o que tienen por objeto ejercer presión sobre el gobierno en materia política o que van dirigidas contra la política del gobierno sin que su objeto sea un conflicto de trabajo, no constituye una violación de la libertad sindical”*

Por estimar que el tema es de la máxima importancia no profundizaré en él en esta oportunidad; sin embargo, opino que no es posible sostener que el convenio se ha querido referir a la huelga al sostener en su artículo 3° que las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen derecho a *“formular su programa de acción”*, que constituye lo que se conoce como la autarquía sindical o el *“autogobierno”*.

No me cabe duda que un derecho tan importante como la huelga habría sido expresamente establecido y habría merecido un tratamiento particular en el Convenio, si es que realmente eso hubiese sido la idea de los signatarios de éste.

No obstante, y en relación con el punto, debe tenerse presente que el artículo 8° del Convenio N° 87 dispone que:

“1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente convenio.”

Al respecto, el comité ha establecido que *“las restricciones impuestas a las*

huelgas en ciertos sectores con el fin de hacer respetar los reglamentos de seguridad constituyen restricciones normales”.

Por su parte, el Convenio N° 98, de 1949, relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, consagra, a su vez, los siguientes principios: a) protección contra la discriminación en el empleo; b) protección contra los actos de injerencia recíproca entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores; c) derecho a la negociación colectiva y d) otras garantías.

El Comité de Libertad Sindical ha establecido que *“uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo –tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales– y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan del sindicato.”*

Ahora bien, cabe preguntarse si, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política del Estado, estos convenios de la OIT, por referirse a derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como son la libertad sindical y la negociación colectiva, al insertarse al derecho nacional, modifican la Carta Fundamental en los puntos a que se refieren o por lo menos modifican y derogan –de pleno derecho– la legislación interna.

En relación con el primer punto, esto es, en cuanto a la fuerza obligatoria de los tratados y su jerarquía frente a la Constitución, es menester señalar que existen en nuestro país posturas divergentes, por cuanto ciertos autores sostienen la inmediata incorporación de dichos instrumentos a la Constitución Política del Estado y su consiguiente modificación en cuanto fuere incompatible con la norma de carácter internacional.

Otra posición, dentro de la cual me encuentro, estima que la modificación de la Constitución requiere de los trámites expresamente previstos para ello, por lo que dichos tratados internacionales no rigen en forma automática por sobre su actual contenido y que el principio de la supremacía constitucional, claramente recogido en nuestro sistema normativo, no admite reformas tácitas de la Carta Fundamental, sino sólo aquellas operadas conforme a las reglas que ella misma contiene para su reforma.

Esta misma tendencia sostiene que la interpretación correcta del inciso de la norma constitucional que se comenta, debe llevar a la conclusión de

que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos esenciales de la persona humana, pero que ello no significa que deba entenderse que lo consignado en los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre derechos humanos se ha incorporado automáticamente a la Constitución y que dichos preceptos tienen el mismo valor que aquellos que integran el texto de la Carta Política.

Es indudable que en los convenios internacionales de la OIT se contiene lo que constituye los principios que las Constituciones y legislaciones de los países signatarios deben incorporar a sus textos, pero – en mi opinión– ello no sucede en forma automática en virtud de su aprobación y ratificación, sino que requiere de la tramitación que la normativa nacional prevé para la aprobación de preceptos legales e integrarse de ese modo al sistema normativo.

En mi opinión, la propia estructura de las normas que dichos convenios contienen, las que están previstas para ser consideradas por una variedad enorme de países, con distintas realidades desde muchos puntos de vista, impide que ellas constituyan, por sí mismas, el derecho interno de cada uno de los Estados. Esta característica no se da en los tratados bilaterales o multilaterales en los que se conoce de antemano los países que resultarán obligados por su normativa.

Además, la tramitación de normas internas –posterior y complementaria a la ratificación del tratado– permite a los ciudadanos tener la posibilidad de enterarse y participar, opinando –por lo menos– de la legislación que estará vigente en el futuro en el país, lo cual no sucede con los tratados, los que son discutidos en particular mayoritariamente en territorio extranjero.

Admito, sin embargo, que es un tema no decantado en nuestro país, y por tanto que la discusión y el debate doctrinario están aun abiertos.

Si aceptamos que el Congreso al aprobar un tratado lo dota de fuerza legal y no constitucional, aun después de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 del año 1989, para determinar con precisión su aplicabilidad dentro del territorio de cada país, se deberán examinar las propias disposiciones del tratado, y analizar si se trata de un instrumento autoejecutable o no.

Como se señaló precedentemente, si examinamos el contenido de los convenios de la OIT, nos resulta evidente que éstos constituyen, como se dijo, principios que la legislación de cada país signatario deberá desarrollar por intermedio de su propia legislación interna, ya que sus disposiciones son tan amplias que –de constituir ellas mismas la ley nacional– los derechos allí establecidos quedarían sin la posibilidad real y práctica de ser ejercidos por los trabajadores.

En todo caso, en nuestro país, tanto la libertad sindical como el derecho a la negociación colectiva figuran consagrados en el artículo 19° de la Constitución Política del Estado, dentro de aquellos derechos que ésta reconoce como garantías constitucionales, de un modo esencialmente coherente con los principios de la OIT contenidos en los Convenios N° 87 y N° 98, por lo que la responsabilidad del Estado de Chile, en el ámbito internacional, respecto de este derecho o garantía, está salvada.

Puede sostenerse también, que en el plano de la ley vigente, en cuanto a lo que se refiere a la libertad sindical, al derecho de sindicación propiamente tal y a la negociación colectiva, el sistema legal nacional no se contrapone a lo que en el señalado convenio de la OIT se plantea. Tampoco en lo que se refiere a la sindicalización de los trabajadores de la administración del Estado. Lo anterior se manifiesta con mayor claridad desde la dictación de la Ley N° 19.296, en virtud de la cual, los trabajadores del señalado sector público podrán constituir asociaciones de funcionarios, que tendrán similares funciones a los sindicatos del sector privado, salvo aquella de declarar la huelga.⁴

Como es dable observar, no hay en este plano legal conflicto de normas entre aquellas contenidas en los convenios analizados y la legislación interna. Tampoco es posible sostener que prevalece la aplicabilidad de la norma internacional sobre la norma interna o viceversa, ya que los convenios establecen grandes principios y ellos necesariamente deben concretarse en normas internas que los desarrollen y concreten.

No obstante, obviamente la legislación siempre es susceptible de mejorarse y de ese modo adaptarse más estrictamente a los lineamientos de la OIT y a la jurisprudencia de sus órganos de control, dándose, de ese modo, cumplimiento a los compromisos contraídos a nivel internacional.

El impacto de la ratificación de estos convenios sobre la legislación laboral vigente es importante, y se requerirá, sin duda, revisarla, para evitar una dualidad normativa, ya que estimamos que los convenios tienen el mismo valor normativo que una ley.

Sin embargo, creo que no es propio sostener que una gran parte de la normativa del Código del Trabajo referente a las organizaciones sindicales, a la negociación colectiva, así como algunas normas de la Ley de Seguridad Interior del Estado, ha sido derogada tácitamente por la incorporación de los Convenios N° 87 y N° 98 de la OIT a nuestro derecho interno.

⁴ Es menester tener presente que, al momento de escribir estas líneas, se encuentra en condiciones de ser promulgado como ley el Convenio N° 151 de la OIT, sobre "La Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública".



Me parece una interpretación forzada, que no conduce a nada más que a perder claridad y certeza sobre la normativa realmente vigente en la materia.

Finalmente, corresponderá a los tribunales de justicia determinar el alcance que le asigne a estos convenios internacionales emanados de la OIT, ratificados por nuestro país, lo cual tendrá indudables implicancias, tanto en el plano nacional como internacional.

Hasta junio del año 2000, la OIT ha adoptado 182 Convenios, de los cuales nuestro país ha ratificado 53, que son los siguientes:⁵

1. Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919.
2. Convenio sobre el desempleo, 1919.
3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919.
4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919.
5. Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919.
6. Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919.
7. Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920.
8. Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920.
9. Convenio sobre la colocación de la gente de mar, 1920.
10. Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921.
11. Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921.
13. Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921.
14. Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921.
15. Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921.
16. Convenio sobre el examen médico de los menores (trab. marítimo), 1921.
17. Convenio sobre la indemnización por accidentes de trabajo, 1925.
18. Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925.
19. Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo), 1925.
20. Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925.
22. Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926.
24. Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927.
25. Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927.
26. Convenio sobre método de fijación de los salarios mínimos, 1928.
27. Convenio sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929.
29. Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930.
30. Convenio sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1931.
32. Convenio sobre la protección de los cargadores de muelles contra los accidentes (revisado), 1932.
34. Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933.
35. Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933.

⁵ Humeres Noguer, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

36. Convenio sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933.
37. Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933.
38. Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933.
42. Convenio sobre indemnización por enfermedades profesionales, 1934
45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1933.
63. Convenio sobre las estadísticas de salarios y horas de trabajo, 1938.
80. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951.
87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.
98. Convenio relativo a la aplicación de los derechos de sindicación y de negociación colectiva, 1949
103. Convenio sobre protección a la maternidad, 1952.
105. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957.
111. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958
115. Convenio sobre la protección de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes, 1960.
121. Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964.
122. Convenio sobre la discriminación política del empleo, 1964.
127. Convenio sobre el peso máximo, 1967.
130. Convenio sobre la protección contra los riesgos de intoxicación por el benceno, 1971
138. Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973.
144. Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976.
156. Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares, 1994.
159. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo, 1994.
161. Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985.
162. Convenio sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad. 1994.
182. Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil y las acciones para su eliminación inmediata. 1999

En materias de la Seguridad Social, el Estado de Chile ha suscrito Convenios bilaterales con Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Ducado de Luxemburgo, Holanda, Italia, Noruega, Suecia, Portugal, Suiza y Uruguay. Próximos a firmarse se encuentran los convenios ya negociados con Estados Unidos de América e Israel.

Renovación de los estudios de Derecho

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

No cabe duda que el mundo ha experimentado en las últimas décadas transformaciones y reformas muy profundas. No es exagerado decir que el abogado ha visto modificada la casi totalidad de las disposiciones legales que, en su oportunidad, sirvieron de fundamento a su formación jurídica. Incluso los códigos tradicionales que conforman la legislación común han sufrido innovaciones sustanciales. Los procedimientos judiciales y administrativos hoy vigentes han variado en muchos aspectos en relación con los que imperaban en el pasado reciente... A partir de la Constitución de 1980 ha operado lo que algunos llaman la **constitucionalización del derecho privado**, tendencia que ha enriquecido considerablemente la aplicación de las normas al armonizarlas con los grandes principios jurídicos que informan nuestro ordenamiento. Es interesante constatar que en este nuestro país, excepcionalmente, los tribunales de justicia pueden resolver un conflicto sin transitar a través de la ley, vale decir, mediante la aplicación directa e inmediata de una disposición constitucional. Lo anterior resultaba imposible para un abogado o para un juez que ejerciera sus funciones antes de que entrara en vigencia la nueva normativa constitucional. Incluso más, podría decirse que, por lo general, un abogado o un juez, el día de hoy, aplica aplica en el día de hoy una legislación absolutamente renovada, fundada en principios y experiencias nuevos que no tienen antecedente alguno en el pasado.

Lo señalado confirma nuestra apreciación en el sentido de que los estudios de derecho no pueden basarse sólo en el análisis, interpretación y coordinación de normas legisladas, puesto que todas ellas, incluidas las de carácter constitucional, pueden derogarse o modificarse, dejando al estudioso desprovisto de todo sustento científico. Lo que decimos se agrava por el hecho de que, atendida la velocidad con que en la sociedad actual se producen los cambios impuestos por el prodigioso desarrollo tecnológico, es presumible que los cambios legislativos deban seguir operando cada vez a mayor velocidad y con más intensidad.

Como si lo anterior no fuere suficiente, debe agregarse otra circunstancia de aun mayor relevancia. En la era tecnológica surge una serie de conflic-

tos del todo absolutamente ajenos a los que hemos conocido hasta el día de hoy, ninguno de los cuales encuentra solución en las normas legisladas. Es deber imperativo del hombre de derecho intentar, al menos, encuadrar en los grandes principios jurídicos conocidos la forma de encararlos, así como influir en los poderes colegisladores para que mantengan la unidad del llamado "espíritu general" de la legislación, capaz de orientar la solución de conflictos no considerados en las fuentes formales de derecho.

Como puede observarse, el papel que corresponde al jurista en el día de hoy no podría satisfacerse con el mero conocimiento y dominio de la legislación vigente, instrumento absolutamente insuficiente para proyectarse hacia el futuro.

Si los abogados no siguen estudiando día a día, como bien lo han sostenido varios autores, serán cada día menos abogados en la medida que su formación y conocimientos sólo quedan radicados en el derecho positivo y no en los principios, fines y preferencias de su tiempo.

La principal barrera del derecho en la hora actual es su incapacidad para marchar a la misma velocidad que las transformaciones que sufre la sociedad, especialmente como resultado de los cambios y las innovaciones tecnológicas.

La crisis del **estado de derecho** en muchas latitudes no tiene más explicación que ésta. Debe, por lo mismo, buscarse una fórmula efectiva que permita no sólo actualizar el derecho (modificar las normas), sino dotarlo de mecanismos que den inmediata respuesta a la problemática que trae consigo la nueva realidad impuesta por la revolución científica y tecnológica. Un ejemplo aclarará lo que señalamos. Hasta hace pocos años la "gestación in vitro" era desconocida. Tan pronto ésta se puso en práctica, el derecho debió dar una respuesta inmediata a la sucesión de problemas que ella traía aparejados. El peor escenario para su prestigio era el vacío y la ausencia de toda regulación. ¿Cómo conseguir una reacción inmediata? A juicio nuestro, en estos casos (cada día más frecuentes) debe instituirse un procedimiento que sea idóneo para, en ausencia de una norma, dar una respuesta inmediata. No es suficiente el llamado principio de "inexcusabilidad", puesto que éste supone una larga tramitación judicial, y la urgente necesidad de regulación no permite posponer la cuestión indefinidamente, creando una sensación de inestabilidad que contradice la "certeza jurídica", valor privativo y esencial del derecho.

La ausencia de una norma que oportunamente enfrente los problemas que emergen de la nueva realidad, por una parte, y el retardo con que los tribunales de justicia invariablemente dan respuesta a éstos, por la otra,

redunda en desmedro del "estado de derecho, proyectando una imagen distorsionada de la organización jurídica de la sociedad. En este esquema no es extraño ver magnificadas las críticas contra las instituciones fundamentales del Estado.

Dominio de los grandes principios en que se inspira el ordenamiento normativo

De las reflexiones que se dejan consignadas se desprende nuestra convicción en el sentido de que es en la aprehensión, comprensión y dominio de los grandes principios en donde debe ponerse énfasis para una adecuada formación jurídica. Si el estudiante consigue, antes de interiorizarse de las instituciones y las normas que las integran, conocer y comprender los principios que ellas desarrollan y realizan, logrará, paralelamente, adquirir una visión verdadera de lo jurídico y estar habilitado y en disposición para adecuar su cultura jurídica a cualquier cambio, innovación o modernización que opere en el derecho.

Lo anterior justifica nuestra proposición en el sentido de que debemos invertir el orden en que se desenvuelve la enseñanza jurídica. Hasta el día de hoy se ha pensado que del estudio de las normas se sigue el estudio de las instituciones, y del estudio de estas últimas el de los grandes principios inspiradores del derecho. En la forma señalada se induce al estudiante a sobrevalorar la importancia de las normas jurídicas particulares, obligando al alumno a retener, a veces inútilmente, una enorme cantidad de artículos y disposiciones, muchas de las cuales o han quedado en desuso o tendrán una corta existencia.

Simultáneamente y como consecuencia del énfasis que se pone en la memorización de las leyes vigentes (incluidos por cierto los códigos), el estudiante va experimentado una adhesión casi servil por la letra de la ley, reduciendo a su texto todo esfuerzo interpretativo, con lo cual se empobrece el derecho, al privarse al proceso hermenéutico de una efectiva contribución creativa. No es extraño, entonces, que los profesionales formados en nuestras facultades sean cada día menos abogados, imposibilitados, como se hallan, de adecuarse a los cambios impuestos por los tiempos en que nos ha correspondido vivir.

De lo que llevamos dicho se infiere que la formación jurídica adolece, en este momento, de graves insuficiencias que deben encararse con ideas renovadas. Es un hecho que no merece discusión que el abogado, en el pasado líder en muchos campos (políticos, económicos, sociales, corporativos, diplomáticos, etc.), ha perdido importancia y ha sido desplazado

por otras profesiones no siempre a la altura de las circunstancias. En otros términos, el abogado ha quedado rezagado por obra de su incapacidad para adaptarse a las actuales exigencias, las cuales, sin duda, serán cada vez más apremiantes.

En suma, la enseñanza jurídica no puede concebirse y practicarse en la forma en que se hacía hace sólo cincuenta años. Las grandes transformaciones que experimenta el mundo como consecuencia del tránsito entre una sociedad industrial y una sociedad tecnológica, y la necesidad de concebir el derecho como una herramienta al servicio de nuevos conflictos –la mayor parte de los cuales ningún parentesco tienen con los que inspiraron la legislación tradicional y complementaria de nuestros códigos centenarios– nos obligan a replantearnos de qué manera debe formarse un abogado para el siglo veintiuno.

Digamos, por último, a propósito de este desafío, que las insuficiencias en el proceso de organización social son siempre e inevitablemente suplidas por la misma sociedad, incluso mediante la adopción de instrumentos o recursos anárquicos, en desmedro de ciertos valores que sólo es posible alcanzar con la plena vigencia y funcionamiento de un sistema normativo de carácter jurídico. Por lo mismo, la indiferencia de los hombres de derecho para atender adecuadamente la demanda de la sociedad contemporánea, redundará en un perjuicio que ninguna otra actividad podrá atajar.

El antecedente último de muchas crisis en la sociedad moderna, aun cuando pueda aparecer exagerado, hunde sus raíces en la incapacidad del sistema jurídico para interpretar la realidad que vivimos. En el día de hoy se requiere de un derecho dinámico, que se adapte con facilidad a lo que la comunidad necesita, capaz de autorrenovarse y dar respuesta oportuna a los problemas emergentes. En este contexto, como es obvio, no es suficiente la norma legislada, es necesario que el hombre de derecho vaya creando reglas particulares, así se trate de convenciones, contratos, resoluciones administrativas, sentencias judiciales, etc., a partir de los grandes principios, que serán, en definitiva, los que seguirán gravitando en el ordenamiento jurídico y que expresan las bases axiológicas en que se funda nuestra convivencia.

En nuestro ordenamiento constitucional el Presidente de la República tiene un amplio margen para dictar disposiciones jurídicas (reglamentos autónomos) fuera del ámbito legal (el artículo 60 de la Carta Fundamental reserva a la ley sólo determinadas cuestiones, correspondiendo al Jefe del Estado el ejercicio de la potestad reglamentaria “en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”, según prescribe el artículo 32 N° 8 del texto constitucional). Lamentablemente, no se ha hecho uso de

esta potestad que permitiría salir al encuentro de muchos problemas que no pueden aguardar una respuesta legislativa tan prolongada como el ejercicio de la jurisdicción. Falta un mínimo de audacia para encarar los requerimientos contemporáneos. Algunos recursos tan útiles como la acción constitucional de protección, en lugar de estimularse, son objeto de obstrucción y reparo por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, ajenos a las demandas sociales. Todo ello, insistimos, se vuelve contra la eficiencia del sistema y contribuye poderosamente a intensificar las críticas que se endilgan en contra del orden jurídico establecido.

Tres elementos para una nueva enseñanza jurídica

Un replanteamiento de la enseñanza jurídica nos obliga a admitir que, a lo menos, se requiere de tres elementos básicos para encarar una reforma eficaz y verdadera: la adopción de una nueva concepción del derecho, más centrada en su función que en su estructura; la necesidad de adoptar un método de aprendizaje coherente con los fines propuestos; y el reconocimiento de que el jurista es ante todo un creador de reglas particulares a partir de los elementos y dentro de los límites consagrados en la norma jurídica.

Analizaremos, a continuación, cada una de estas exigencias.

a. Una nueva concepción del derecho

La teoría general del derecho no nos ha proporcionado una idea clara sobre el carácter funcional del sistema jurídico. Se ha puesto acento en demasía en la estructura normativa del derecho, desdeñando su verdadera naturaleza, indisolublemente ligada a las potestades y poderes conferidos en las normas para regular la conducta humana. En verdad, la "norma" no es sino la manifestación externa de la potestad que se concede a diversas instituciones y personas. Tras ella (la norma) subyace una facultad (potestad) que se ejerce en el marco impuesto en la misma, mediante la transferencia de ciertos elementos (genéticos) que se insertan en las normas inferiores y en las reglas.

Dicho de otro modo, a partir de un acto institutorio original del derecho, que genera la potestad constituyente, se va desarrollando el sistema a través de la creación de sucesivas potestades (legislativa, reglamentaria y regulatoria). Si ponemos atención en el efecto de estas potestades, llegaremos a la conclusión de que la estructura del derecho es esencialmente normativa, pero si nos remitimos al origen de las normas o al poder que les da vida, descubriremos el carácter funcional del mismo. En este último caso, no nos será difícil comprobar que tanto la producción como ejecu-

ción de la norma superior derivan de una potestad que es la que, como se dijo, da vida a la norma.

Hasta este momento la enseñanza jurídica se ha fundado en el estudio de las normas, en su creación y desarrollo. La teoría escalonada del orden jurídico, cuya máxima expresión es la "teoría pura del derecho" de Hans Kelsen, si bien es un insustituible recurso para explicar el sistema normativo, sus relaciones y coherencia, no profundiza en el aspecto funcional, vale decir, en la forma en que operan las potestades, y es aquí, precisamente, en donde nosotros fundamos nuestra posición.

Es curioso constatar que todo apunta en el mismo sentido: el estudio y la ponderación de las normas con una cierta indiferencia por los otros aspectos, entre ellos los que dan vida y sentido a las mismas normas.

De lo indicado se desprende que la enseñanza jurídica en el futuro debe enfocarse en otra dirección: En lugar de atender exclusiva o preponderantemente a la norma, debemos poner énfasis en las potestades que le dan vida. Tanto o más importante que la Constitución es la potestad constituyente; lo propio puede decirse de la ley respecto de la potestad legislativa; del reglamento en relación con la potestad reglamentaria; de la sentencia judicial, el simple decreto, la resolución administrativa, o el contrato y acto jurídico unilateral en relación a la potestad regulatoria (aquella por medio de la cual se da vida a las "reglas" o normas particulares).

El estudio del derecho se funda en el análisis y conocimiento de las normas, sin reparar en la necesidad de abordar preferentemente el estudio de las potestades de las cuales ellas emanan. Esto explica que, paralelamente, nos desentendamos de los grandes principios inspiradores del ordenamiento en su totalidad, los cuales, sin duda, gravitan en el ejercicio de las potestades, más que en la interpretación de las normas.

Cabe observar que así como la constitución –en su función de producción– da vida a la ley, y esta última al reglamento, y ambos a una sentencia judicial, una resolución administrativa, un contrato o un acto jurídico unilateral; así también la potestad constituyente da vida a la potestad legislativa y reglamentaria, y todas ellas a la potestad regulatoria. Pero si bien existe un orden escalonado que se va estructurando gradualmente desde lo superior a lo inferior, no es lo mismo la norma que la potestad que la genera. La primera (la potestad) es la causa, la segunda (la norma) su efecto. Nuestros estudios, sin excepción y hasta el día de hoy, han puesto acento en el efecto, desdeñando la causa. De aquí la sobrevaloración de lo formal por encima de lo funcional.

El estudio del derecho en el futuro debe fundarse en dos pilares: las potestades que dan origen a las normas y las reglas; y los grandes principios inspiradores de todas ellas, los cuales gravitan tanto al ejercerse la potestad como en el proceso de creación de las normas inferiores y las reglas (proceso interpretativo o de aplicación del derecho).

Es indudable que aún falta una teoría capaz de ilustrar con mayor rigor científico la importancia de las potestades y los caracteres que identifican a cada una de ellas. Esta tarea no puede implicar el desconocimiento de lo que dejamos establecido en lo precedente.

A lo anterior habría que agregar otra circunstancia tan significativa como las señaladas. Al examinarse la potestad regulatoria se comprende en ella la llamada **autonomía privada** (conocida también como autonomía de la voluntad). Mediante su ejercicio los particulares se dan sus propias reglas, siempre en el marco impuesto en la ley (norma). Es ésta, sin duda, la fuente más abundante de las prescripciones jurídicas y lo que ampara y permite extender la libertad individual sin poner en riesgo el ordenamiento en su integridad. Atendida la riqueza y amplio campo de acción de estas reglas (convenciones, contratos, actos jurídicos unilaterales), la norma eleva su poder vinculante atribuyéndole el mismo efecto que a la ley (*Pacta sunt servanda*, principio recogido en el artículo 1545 del Código Civil). Hasta aquí se ha llegado en la valoración de esta potestad.

Se ha preterido, sin embargo, uno de sus aspectos más originales y renovadores. Como hemos sostenido en otros trabajos, el poder (potestad) de los particulares es mucho más rico y extenso. Ellos están regidos por “reglas”, no por normas, las cuales sólo aportan al creador de aquéllas ciertos elementos (genéticos los hemos llamado) que permiten integrarlas al ordenamiento y conferirles valor jurídico. Ahora bien, ninguna “regla”, cualquiera que sea su origen, puede imponérsele al particular sin que concorra, expresa o tácitamente, su voluntad. En otras palabras, todos nosotros podemos siempre y en cualquier caso impugnar una regla (así se trate de una resolución administrativa, un decreto supremo, una sentencia judicial, una convención, etc.), de lo cual se sigue que la “regla” que nos afecta, para existir y obligarnos debe contar con nuestra participación o, lo que es lo mismo, que estamos dotados de poder para impugnarla y, si corresponde, desafectarla del orden jurídico y privarla de valor. De aquí que hayamos sostenido que el derecho es una “creación colectiva” en que participamos todos y en que las reglas que alcanzan nuestros actos deben contar para su imposición con nuestra voluntad, como quiera que ella se manifieste. Incluso en el evento de cumplir espontáneamente una norma (ley o reglamento) debemos singularizar este mandato y darnos a nosotros mismos una “regla” (que hemos denominado “personal, tácita y

autocompuesta”), sin la cual la abstracción normativa carece de toda posibilidad de acatamiento.

No resulta dudoso en este contexto doctrinario descubrir las insuficiencias que presenta hoy día la enseñanza del derecho, limitada a una fase, no la más dinámica y fecunda de la creación jurídica.

b. Un nuevo método de enseñanza

Lo anterior nos induce a concluir que el método de enseñanza del derecho sufre, en esta concepción, una profunda alteración. Si debemos privilegiar la comprensión del ejercicio de las potestades y los grandes principios en que ellas se inspiran, no podemos seguir exaltando la norma y sus relaciones con otras normas, como ha sucedido invariablemente en el último siglo. La docencia jurídica se desenvuelve a través de la exhaustiva explicación y análisis de las normas positivas (método exegético), se sigue con la referencia de las instituciones (método sistemático), para culminar con el señalamiento de los grandes principios (método lógico-funcional). En este contexto se revaloriza la norma positiva en desmedro de las instituciones y los grandes principios. Este enfoque conduce, inevitablemente, a una formación profesional limitada, que hace del abogado un buen mecánico en la simple tarea de subsumir una cierta situación fáctica en un mandato general y abstracto.

Salta a vista, entonces, la necesidad de invertir el orden en que se realiza la docencia jurídica, transitando de los grandes principios a la configuración de las instituciones, y de estas últimas a las normas por medio de las cuales aquéllas se regulan. De esta manera se privilegian los principios y se depotencian las normas, las cuales dejan en evidencia su carácter meramente instrumental. Simultáneamente, el estudiante contrae un compromiso con los principios (expresivos de los valores en que se funda la sociedad), a los cuales subordinará su concepción de las instituciones y, por cierto, la aplicación de las normas positivas. Desaparecerá, entonces, el servilismo por la letra de la ley (norma positiva) y se incrementará su capacidad creadora, que es, en definitiva, la mejor contribución del hombre de derecho a las necesidades del siglo que comienza.

De la misma manera, es necesario reivindicar el rol que cabe al autor de la “regla” (titular de la potestad regulatoria) y dar su verdadero alcance y contenido a la actividad de los particulares, destinatarios finales de toda prescripción jurídica. Ellos, como se señaló, no sólo crean gran parte de las “reglas” que rigen sus actos, sino que, además, intervienen activamente en el proceso de generación de aquellas otras que, no obstante emanar de terceros, pueden ser admitidas o impugnadas por su destinatario. Es aquí



en donde radica la función más activa y trascendental del hombre de derecho y que, inexplicablemente, ha quedado al margen de la docencia jurídica.

Es importante comprobar que el desplazamiento de los abogados de muchas actividades en las cuales intervenían con ventajas en el pasado, no es sólo obra de la especialización de las mismas (lo que sucede, por ejemplo, en el campo económico), sino de la renuencia a asumir un papel más dinámico, menos burocrático y no tan formalista. Ello deriva, sin duda, de su formación, la cual los mantiene apegados a actitudes y estilos ya obsoletos. Tampoco ello resultará posible mientras los tribunales y las autoridades administrativas no asuman la misma posición. La transformación que reclamamos, por consiguiente, no puede aplicarse parcialmente a una falange de adelantados, al margen de quienes, en diversos ámbitos, van creando el derecho que efectivamente nos afecta y nos obliga.

c. El abogado, un creador de derecho

Finalmente, la reforma de la enseñanza jurídica deberá poner acento y reivindicar la tarea creativa a que está llamado preferentemente el hombre de derecho. La función primordial del abogado consiste en la **creación de reglas jurídicas a partir de normas generales y abstractas**. Esta concepción nos ha llevado al extremo de sostener que, en verdad, lo que afecta a los sujetos de derecho directamente en sus relaciones intersubjetivas son las reglas (prescripciones particulares de conducta) y no las normas (prescripciones generales y abstractas dirigidas a los creadores de reglas). Tradicionalmente se ha sostenido una visión inversa, desdeñando la importancia de las reglas. Pero un análisis más riguroso lleva a la conclusión contraria: los imperados obedecen a resoluciones administrativas, sentencias judiciales, contratos, convenciones, actos jurídicos unilaterales o reglas que ellos mismos se dan al cumplir espontáneamente una norma general y abstracta. Las normas, por lo tanto, no son más que indicaciones o marcos conceptuales que están destinados a la elaboración (creación) de las reglas.

En nuestra teoría de la interpretación, explicamos cómo se genera una regla a partir de lo previsto en una norma. En ello queda patente la **tarea esencialmente creadora del intérprete**, que, al dar vida a una nueva prescripción particular de conducta, realiza una función que le es propia, esto es, la **aplicación del derecho**. Corresponde al intérprete integrar los elementos normativos y los elementos fácticos, gestando una regla en que se amalgaman todos ellos y con arreglo a la cual se resolverá una situación jurídica específica y concreta.

El desconocimiento de esta tarea trascendental ha empobrecido al derecho. Si la misión del abogado consistiera simplemente en subsumir un

hecho en un mandato general y abstracto, su formación se reduciría al conocimiento y dominio del contenido de la norma y al mecanismo procesal destinado a establecer la veracidad de los hechos (prueba legal). **Y es esto, precisamente, lo que ha sucedido, uniformemente, hasta el momento.**

Tampoco se ha reconocido la necesidad de profundizar sobre el papel que asiste a los particulares en la gestación y fuerza obligatoria (aptitud jurídica) de las reglas que ellos mismos se dan o que provienen de un tercero. A pesar de que la actividad de los abogados lo evidencia cada día, no nos hemos detenido a pensar que no existen prescripciones específicas de conducta sin que intervenga la voluntad de la persona imperada, y que con ello se evidencia que el derecho es la manifestación social más participativa que se conozca. Ni siquiera se ha sistematizado el poder de los particulares para proyectar y perfeccionar este poder, diverso de la llamada **autonomía privada**. Lo manifestado explica la pobreza, a veces franciscana, del aporte de los abogados a la sociedad moderna y la usurpación que otras profesiones han hecho de campos que les son propios.

Un nuevo enfoque de la enseñanza del derecho debe encarar la formación jurídica con otra perspectiva, fundada no sólo en la estructura del ordenamiento normativo, sino en el ejercicio de las **potestades**; sobre la base de un método de enseñanza en el cual se transite entre los grandes principios que informan el sistema, las instituciones, las normas positivas y demás fuentes de derecho objetivo; poniendo acento, sobre todo, en la tarea creativa del intérprete a través de la aplicación del derecho que culmina con la generación de una regla llamada a regular una determinada situación intersubjetiva, y en la participación de los imperados en la gestación y fuerza vinculante de todas las reglas que les empecen.

Si el abogado permanece adherido a las concepciones que sobre esta materia dominaban en el pasado, no logrará adaptarse a su tiempo ni satisfacer las demandas que la sociedad reclama en la actualidad de él. No puede desconocerse que esta profesión, muy probablemente por la forma en que se imparte la enseñanza, hace al abogado extremadamente conservador, lo cual conspira contra toda clase de innovaciones, incluido el método y la visión general que se tiene del derecho. De aquí la necesidad de hacer conciencia de que al cambio que experimenta el mundo, como consecuencia del tránsito entre una sociedad industrial y una sociedad tecnológica, debe seguir inevitablemente una adaptación de todas las profesiones a la nueva realidad emergente. Este es el gran desafío de las universidades y del país, al cual no podemos sustraernos sin abdicar de nuestros deberes fundamentales.

La enseñanza del Derecho: ¿clase magistral o método activo?



Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La metodología de la enseñanza debe ser una preocupación permanente de todo educador. Esta afirmación es válida para quienes imparten cátedra en las disciplinas jurídicas, donde se percibe un interés creciente por aspectos metodológicos, que se manifiesta no sólo en la revisión de los planes y programas de estudio de las Facultades de Derecho, sino también en los objetivos que debe cumplir y la forma en que debe impartirse la enseñanza.

En un razonamiento marcadamente simplista, se suele contraponer la clase magistral a la clase activa. Se afirma que la primera privilegiaría la transmisión de contenidos y se identificaría fundamentalmente con el derecho europeo continental, por adaptarse mejor al aprendizaje de aquellos sistemas jurídicos cuya principal fuente es una regla general y obligatoria, la ley; la segunda, en cambio, daría preponderancia al desarrollo de ciertas destrezas que permitirían al educando "aprender a aprender", método fundado en el análisis de casos y que se adaptaría mejor a un derecho de creación jurisprudencial, como ocurre en los países del *common law*.

Sin ser especialista en educación ni pretender autoridad especial en aspectos metodológicos, nos ha parecido útil escribir estas cortas líneas para difundir la forma en que se enseña el derecho en Francia. Lo anterior puesto que la metodología aplicada en ese país tiene, a nuestro juicio, el mérito de lograr un adecuado equilibrio entre la clase magistral y el sistema activo, con resultados que están a la vista, puesto que nadie puede discutir el desarrollo e influencia mundial del derecho galo. Como el lector podrá observar más adelante, el sistema francés presenta también la ventaja de adaptarse perfectamente a la estructura de la enseñanza del derecho en Chile y está muy lejos de suponer una "revolución" o "experimentación", siempre nefastas cuando está en juego la formación de futuros abogados.

Las Facultades de Derecho en Francia imparten el pregrado a través de clases magistrales y de trabajos dirigidos (lit: *travaux dirigés*). Mientras la clase magistral, responsabilidad del profesor titular, tiene un carácter marcadamente expositivo, determinado por el número de alumnos,

que normalmente supera varias centenas, los trabajos dirigidos quedan a cargo de ayudantes, generalmente egresados de cursos de postgrado que preparan su tesis doctoral, y que toman bajo su alero a grupos que bordean los treinta alumnos. La estructura coincide con el esquema de clase expositiva y ayudantía, implementado en la generalidad de las Facultades de Derecho chilenas; sin embargo, las diferencias son profundas al examinar los objetivos y el tipo de trabajo que se desarrolla en los trabajos dirigidos.

En efecto, estos trabajos tienen por objeto no sólo que el educando comprenda las materias, o que retenga los contenidos, sino fundamentalmente motivar una reflexión sobre el tema y que sea capaz de exponer el fruto de su razonamiento de una manera ordenada y convincente. Para lograr esos objetivos, se propone al alumno ya sea el comentario de un fallo o de un texto legal, la resolución de un caso hipotético o bien la disertación sobre un tema doctrinario.

¿Cómo obtener que el desarrollo de esos ejercicios asegure el cumplimiento de los objetivos propuestos? Ello se logra exigiendo al estudiante la aplicación del método cartesiano en la investigación, reflexión y exposición del tema. Es así como el alumno de pregrado recibe antes de cada trabajo dirigido un set de documentos con el enunciado del tema que debe preparar para la sesión siguiente.^{1,2} La forma de exposición del resultado de su reflexión no es libre; muy por el contrario, la disertación jurídica en Francia, tanto la de autores como la de los alumnos, debe respetar un plan u ordenación lógica de las ideas que usualmente comprende una introducción y un desarrollo, el cual se divide en dos partes, que se contraponen entre sí, cada una de las cuales se subdivide a su vez en dos acápites, entre los cuales debe existir también una contraposición.³ La imposición de esta estructura, que pudiera parecer arbitraria, toma sentido si se considera que quien no es capaz de dividir inevitablemente confunde.⁴ Por lo demás, la sistematización del derecho responde generalmente a esta

¹ La documentación o ficha del trabajo dirigido es preparada por el profesor titular, quien se reúne con sus ayudantes para coordinar los criterios de corrección. En Chile el número de alumnos por curso es más reducido, de modo que el profesor podría incluso asistir a algunos de los trabajos dirigidos, lo que resulta impracticable en Francia.

² Sólo así se comprende que una obra clásica, como son las *Lecciones de Derecho Civil* de Henri, Léon y Jean Mazeaud, esté estructurada en base a Lecciones, cada una de las cuales contiene una parte destinada a la exposición del tema, que correspondería al desarrollo de la clase magistral, para luego dar paso a la inserción de ciertos documentos anexos, que pueden servir de documento de trabajo para los trabajos dirigidos.

³ Excepcionalmente puede ser aconsejable la adopción de un plan de desarrollo dividido en tres partes, esquema que se adapta mejor a la disertación filosófica: tesis, antítesis y síntesis.

⁴ La segunda regla del método enunciada por Descartes aconseja dividir cada una de las dificultades a examinar en tantas parcelas como sea posible, y que sean necesarias para mejor resolverlas. **Descartes, René**, *Discours de la méthode*, Le Livre de Poche, Paris, 1997, pág. 111.

estructura binaria.⁵ La exposición debe responder además a una línea directriz que atraviesa todo el desarrollo. La conclusión no es obligatoria, puesto que si el desarrollo ha sido adecuado, ella debe fluir naturalmente de la lectura del trabajo, siendo innecesario consignarla expresamente al final. La exposición de las reglas del plan de desarrollo de una disertación jurídica escapa a los límites de esta nota;⁶ sólo queremos insistir en que la exigencia de un plan para la exposición obliga a la reflexión; la incoherencia en el plan denuncia inmediatamente las falencias en el razonamiento.

Las bondades del sistema francés van más allá. Para desarrollar un razonamiento coherente el alumno se ve forzado a revisar los contenidos de su curso magistral; a formularse interrogantes y buscarles respuesta, sea individualmente o trabajando en grupo, adquiriendo además cierto manejo bibliográfico; a circunscribir el tema,⁷ desarrollando con ello su capacidad de síntesis; y a relacionar las materias. Por otra parte, la exigencia de un plan permite objetivizar la corrección en materias opinables, puesto que lo evaluado no es el mérito de la solución propuesta, sino la coherencia del razonamiento.

El equilibrio entre la clase magistral y el método activo es evidentemente dinámico y se responde con ello a la necesidad de una formación progresiva. Mientras durante los primeros años del pregrado la formación des cansa fundamentalmente en la clase magistral, con el tiempo los trabajos dirigidos van adquiriendo una complejidad creciente. De esta forma se prepara al alumno para el ejercicio profesional, donde los asuntos judiciales y extrajudiciales en que intervenga le exigirán desarrollar una incipiente investigación y una reflexión personal destinada a decidir la mejor forma de abordarlos.⁸ Se lo prepara también para los cursos de postgrado y para la escuela doctoral, definida como la formación para la investigación

⁵ Para demostrar esta afirmación basta observar que las grandes categorizaciones del derecho son generalmente bipartitas; así, se distingue entre derecho público y privado, patrimonial y extrapatrimonial; derecho substantivo y adjetivo, etc.. Responden al mismo esquema las clasificaciones de las personas (públicas y privadas; naturales o jurídicas; capaces e incapaces, etc.) de los derechos (reales y personales, etc.); de los contratos (unilaterales y bilaterales, etc.). La calificación en una u otra categoría tiene consecuencias trascendentales, puesto que de ello depende el estatuto jurídico aplicable.

⁶ Como primera aproximación al tema puede consultarse **Defrénois-Souleau, Isabelle**, *Je veux réussir mon droit*, Armand Colin/Masson, Paris, 1996. También pueden consultarse los textos que integran la colección "Méthodes du Droit", de la editorial Dalloz (<http://www.dalloz.fr>). Las editoriales Dalloz, Litec y L.G.D.J. publican las colecciones "Travaux Dirigés", que contienen ejercicios de trabajos dirigidos y su corrección.

⁷ La idea se grafica con una expresión elocuente: el desarrollo debe tratar el tema, todo el tema y nada fuera del tema.

⁸ No podemos sino insistir en el valor formativo que los ejercicios desarrollados en el marco de los trabajos dirigidos tienen para la labor profesional. A través de los comentarios de fallos o de textos legales el alumno aprende a manejar por sí solo las fuentes del derecho; los casos hipotéticos que se le plantean lo entrenan para abordar los problemas reales que en el futuro le tocará resolver.

a través de la investigación.⁹ En ésta última, la formación descansa fundamentalmente en seminarios en que el alumno debe preparar los temas que se le proponen aplicando rigurosamente el método en el que ya había sido iniciado durante el pregrado.¹⁰

Creemos que la metodología de los trabajos dirigidos puede aplicarse en el marco de las ayudantías que se desarrollan en Chile, para provecho de los alumnos; la iniciativa queda entregada a la dedicación y tesón del profesor más que a los medios materiales puestos a su disposición. La meta parece difícil de alcanzar; para no desanimarnos en la tarea quizá sea conveniente recurrir a otra regla cartesiana: principiar por las tareas más sencillas para abordar luego aquellas de mayor complejidad.¹¹ Soslayar el desafío obliga al profesor a circunscribirse a los sistemas tradicionales de evaluación, en que se califica fundamentalmente el aprendizaje nemotécnico de ciertos contenidos, renunciando a la posibilidad de dar mayor ponderación a la capacidad de reflexión y de exposición sistemática; en esto no cabe discusión, puesto que no se puede exigir ni evaluar en el alumno habilidades para las cuales no ha sido entrenado y, además, porque la evaluación debe ser acorde a la forma de enseñanza.

⁹ En Francia existe una amplia gama de cursos de postgrado, bajo diversas denominaciones, algunas recurriendo incluso a anglicismos ("MBA", "mastères", "magistères") pero sólo el Diploma de Estudios Profundizados (DEA) y el Diploma de Estudios Superiores Especializados (DESS) confieren un diploma de estado, que constituye grado académico. El DEA es por definición el diploma que prepara a los alumnos para la investigación, a diferencia del DESS, de carácter profesional. El DEA constituye el primer año de la escuela doctoral, de la cual es inseparable; el alumno que lo ha obtenido queda habilitado para inscribir su tesis doctoral.

¹⁰ A diferencia del pregrado, en el DEA es el alumno el que debe recopilar las fuentes y conducir por sí solo la investigación, a fin de adquirir las herramientas, método de trabajo y reflejos que le permitirán abordar la tesis conducente al grado doctoral.

¹¹ La tercera regla del método cartesiano aconseja conducir por orden la reflexión, comenzando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ascender paulatinamente, como por grados, al conocimiento de aquellos más complejos; y suponiendo que existe un orden incluso entre aquellos que no se preceden naturalmente los unos a los otros. Descartes, René, ob. cit., pág. 111.

Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal



Héctor Oberg Yáñez

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Ley N° 19.665, publicada el 9 de marzo de 2000, con su extenso contenido, introduce una serie de modificaciones al articulado del Código Orgánico de Tribunales, constituyendo la mayor parte de ellas aquellas cuya finalidad es hacer operativa, en su momento, la existencia del sistema acusatorio en el proceso penal. Empero, como quiera que la entrada al nuevo sistema no puede ser instantánea, repentina, el legislador se ha visto en la necesidad de establecer todo un sistema en tránsito, que permita adecuar lo existente a lo futuro, sin que por ello se vea disminuida la majestad de la justicia, tan venida a menos en nuestros días, sea por hechos o circunstancias internas o externas. De ahí, entonces, la necesidad de contemplar los mecanismos necesarios e idóneos, en un largo, tedioso y engorroso texto de disposiciones transitorias, que apuntan al objetivo precedentemente manifestado, esto es, hacer caminar correctamente el nuevo sistema. No se crea, eso sí, que tales disposiciones transitorias contienen todas las soluciones. No, por el contrario, algunas de ellas generan, a su vez, otros problemas que ni siquiera pudieron visualizar los legisladores, así como otros que sólo aparecerán en la praxis judicial en el diario quehacer tribunalicio.

Lo que a continuación se expone no tiene otra finalidad que expresar una preocupación desde ya por lo venidero, y no tiene más pretensiones que la de llamar a pensar a aquellos que tienen en sus manos el éxito o fracaso del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal en nuestro país. Desde luego, este trabajo no es una panacea, un "solúcnalo todo"; quedan abiertas otras interrogantes y otras respuestas. Ojalá sea así.

ARTICULOS TRANSITORIOS

I. Instalación de los TOP (tribunales orales en lo penal) y JG (Juzgado de garantía) (Art. 1°)

Se debe realizar con, a lo menos, treinta días de antelación a la fecha que señala para la correspondiente región el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (L.O.M.P.). A su vez, esta disposición indica que su articulo entra en vigencia con la gradualidad y en los plazos que se señalan, y cuyo cómputo inicial es la fecha de publicación de la ley (15 de octubre de 1999).

Por ende, la instalación sería la siguiente:

1. IV y IX Región, 14 meses para entrar en vigor: 16 de diciembre de 2000; antelación de 30 días: instalación el 16 de noviembre de 2000.
2. II, III y IV Región, 24 meses para entrar en vigor: 16 de octubre de 2001; antelación de 30 días: instalación el 16 de septiembre de 2001.
3. Región Metropolitana, 36 meses para entrar en vigor: 16 de octubre de 2002, antelación de 30 días: instalación el 16 de septiembre de 2002.
4. I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región, 48 meses para entrar en vigor: 16 de octubre de 2003; antelación de 30 días: instalación el 16 de septiembre de 2003.

Ahora bien, para dar cumplimiento a esta obligación, la CAJ (Corporación Administrativa Poder Judicial) debe ejercer la atribución a que se refiere el art. 26 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, determinar las unidades administrativas con que cada JG o TOP va a contar para desempeñar sus funciones. Y, según el art. 498 inc. 2° del Código Orgánico de Tribunales, esa determinación se formulará cada cinco años.

Pero lo dicho no es suficiente para proceder a la instalación de estos órganos jurisdiccionales. Efectivamente, la parte final del inc. 1° del art. 1° transitorio requiere que la CAJ ponga a disposición de las correspondientes Cortes de Apelaciones los locales destinados al funcionamiento de estos tribunales.

Con todo, debe tenerse en cuenta lo prescrito en el art. 4° inciso final transitorio de la Ley del Ministerio Público, que expresa que "en el caso de las Regiones Metropolitana y de las que deban seguirla (I, V, VI, VIII, X, XI, XII), la vigencia de las facultades indicadas en el inciso primero (ejercer la

acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y a los testigos) estará condicionada a la vigencia de un sistema nacional de defensa pública”.

Por cierto surge la interrogante de inmediato: ¿y en aquellas regiones en que entró en vigencia la normativa del Ministerio Público con anterioridad a la Metropolitana (años 2000 y 2001) no precisan que la defensoría penal pública esté en vigor? ¿Cuál es la razón de este distingo?

Luego de lo anotado, resulta que todo el sistema de instalación de estos juzgados y tribunales que crea la Ley N° 19.665 está sujeto a una serie de limitantes, que pueden impedir en el momento oportuno su funcionamiento. Y desde ya la mayor limitación que prevalecerá sobre el resto, es la contenida en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que por su rango está sobre la Ley N° 19.665.

Por otra parte, será menester tener en consideración una oración, que puede pasar inadvertida si no se lee con cuidado, contenida en el art. 4° inc. 2° transitorio de la citada Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que, refiriéndose a las Fiscalías Regionales, dispone que dentro de los plazos que este artículo menciona, se crearán gradualmente; empero esas creaciones tienen una piedra de tope, pues deben realizarse “de acuerdo con los recursos que se aprueben en las respectivas Leyes de Presupuesto del Sector Público”. He aquí el verdadero problema.

Hay, entonces, toda una serie de obstáculos que será del caso ir salvando para llegar a tener operativo el sistema ideado. Difícil, pero no imposible.

II. Designación de los jueces en los JG y en los TOP

La regla general en materia de designación de jueces para este tipo de tribunales es que se hará de acuerdo a las reglas comunes, en la medida que ellas no sean modificadas o complementadas por las disposiciones contenidas en el inc. 2° del art. 1° transitorio de la Ley N° 19.665.

Estas modificaciones o complementos son los siguientes:

1. Aquellos jueces del crimen y los jueces de letras con competencia criminal cuyos tribunales se suprimen (art. 10° de la Ley N° 19.665), pueden optar al cargo de juez en los TOP o JG que estén ubicados dentro de su mismo territorio jurisdiccional.

Esta opción deberá ejercerse, en su caso, con una anticipación de a lo menos 300 días respecto de la fecha a que se alude en el inc. 1° de este art.

1° transitorio. Este término se aplica a todas las Regiones, salvo la IV y la IX, y se traduce en que tales jueces deberán optar en las siguientes fechas:

- a) II, III y VII. Fecha de instalación: 16/09/2001. Opción 300 días anticipación: 21/11/2000.
- b) Región Metropolitana. Fecha de instalación: 16/09/2002. Opción 300 días anticipación: 21/11/2001.
- c) Regiones I, V, VI, VIII, X, XI y XII. Fecha de instalación: 16/09/2003. Opción 300 días de anticipación: 21/11/2002.
- d) Los jueces del crimen de Temuco pueden ejercer su derecho de opción dentro del plazo de diez días a contar de la publicación de la ley. Como quiera que ésta se publicó el día 9 de marzo de 2000, los interesados pudieron optar entre el 9 y el 18 de marzo. Si nada dijeron en ese lapso, por el solo ministerio de la ley pasan a desempeñar el cargo de un juez de un JG dentro de su mismo territorio jurisdiccional.

2. Una vez ejercido el derecho de opción, la Corte de Apelaciones pertinente tendrá que determinar –no hay plazo– el juzgado y la oportunidad en que cada juez pasa a ocupar su nueva posición, de acuerdo con las necesidades de funcionamiento del sistema.

Es del caso señalar que este numeral pareciera solo referirse a los juzgados, esto es, a los JG y no a los TOP. Pero considerando lo que a continuación señala el N° 3, no cabe duda que también lo prescrito en este N° 2 rige para los TOP.

3. Si seguidas que sean las reglas anteriores aún quedaren en los TOP cargos sin ocupar, la Corte de Apelaciones correspondiente procederá a elaborar ternas con los postulantes que cumplan los requisitos contemplados en el Código Orgánico de Tribunales para llenar las vacantes, según las categorías respectivas. Estas ternas deben formarse con una anticipación de a lo menos 150 días respecto de la fecha mencionada en el inc. 1° del art. 1° transitorio.

Luego, relacionando ambas disposiciones y lo que indica la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, se concluye que tales ternas deberán elaborarse según la siguiente pauta:

- 3.1. IV y IX Región: 150 días de antelación a la fecha de entrada en vigor (16/12/2000): 15 de julio de 2000 hace terna.



- 3.2. II, III y VII Región: 150 de antelación a la fecha de entrada en vigor (16/10/2001): 19 de mayo de 2001 hace terna.
- 3.3. Región Metropolitana: 150 días de antelación a la fecha de entrada en vigor (16/10/2002): 19 de mayo de 2002 hace terna.
- 3.4. Regiones I, V, VI, VIII, X, XI y XII: 150 días de antelación a la fecha de entrada en vigor (16/10/2003): 19 de mayo de 2003 hace terna.

La Corte podrá hacer ternas simultáneas de manera que el procedimiento del caso concluya dentro del plazo señalado para cada ocasión.

4. Provisos los cargos en los TOP, se procederá a llenar los cargos de jueces vacantes en los JG, siguiendo el procedimiento señalado en el numeral anterior.

En la práctica resultará, entonces, que las Cortes de Apelaciones tendrán que formar ternas al mismo tiempo tanto para los TOP –en primer lugar– como para los JG –en segundo lugar–, pues van a estar sujetos a los mismos plazos en una y otra situación. Por lo demás, tal término es el mínimo que indica la ley, de modo que la Corte podrá considerar tal evento y adelantar la formación de las ternas para los TOP, si así le parece.

5. Se faculta a la Corte Suprema para ampliar los plazos establecidos en los números precedentes si se considera que el número de cargos vacantes que proveer lo hace necesario para dar cumplimiento al plazo de instalación de los nuevos tribunales.

En otras palabras, el plazo para la instalación de estos tribunales es inamovible. Y la Corte Suprema en ejercicio de la facultad que le otorga este numeral no puede ampliarlo, pese a lo expresado en el párrafo anterior. La razón radica en que la ley manifiesta que tal ampliación se hace “para dar cumplimiento al plazo de instalación...”.

Tampoco se entiende el otorgamiento de esta facultad a la Corte Suprema, cuando los números 1 al 3 están indicando que los derechos de opción y la formación de ternas se harán “con una anticipación de a lo menos...”. Y parece obvio, como ya lo dijéramos, que las Cortes de Apelaciones deberán tener en cuenta “el número de cargos vacantes por proveer... para dar cumplimiento al plazo de instalación de los nuevos tribunales”.

6. Como una medida de mejor gobierno se prescribe que el Presidente de la República designará a los nuevos jueces dentro del plazo de cinco días contados desde la recepción de las respectivas ternas.

Por cierto que si el Presidente de la República no cumple lo dicho, no hay sanción alguna para él, ni tampoco podrá estimarse que lo obrado fuera de ese término fatal va a afectar los eventuales nombramientos posteriores. En el fondo, lo prescrito en este numeral sexto no pasa de ser sino una simple recomendación.

7. Cabe tener en cuenta que los postulantes a los cargos de juez de un TOP o de un JG, fuera de los requisitos comunes, deben haber aprobado un curso habilitante que la Academia Judicial va a tener que impartir con tal fin en todas las regiones del país. Se faculta asimismo a la Academia para convalidar como curso idóneo equivalen'e a aquellos que hayan podido realizar los interesados independientemente de la Academia.

Esta exigencia sólo rige para aquellos postulantes que se contemplan en los numerales 3 y 4 del inc. 2° del art. 1° transitorio, vale decir, respecto de aquellos cargos en los TOP y JG que quedaren sin ocupar una vez aplicadas las reglas de los números 1 y 2 de este inc. 2°.

8. Excepcionalmente, si no hay postulantes que cumplan con los requisitos del art. 284 letra b) del Código Orgánico de Tribunales, se aplicará la regla contenida en la letra c) de dicho artículo.

Evidentemente, este numeral alude a la situación descrita en el número siete, y habrá que entender que lo complementa en cuanto precisa otra exigencia, amén de la que allí se contiene, para poder postular al cargo de juez de un TOP o de un JG.

9. Desde luego que para evitar problemas o desvanecer dudas que pudieren originarse con el cambio de destino a los nuevos cargos, se establece que estos jueces no experimentarán disminución en sus remuneraciones, ni en ninguno de sus derechos funcionarios, o pérdida de la antigüedad que tuvieren en el Escalafón Primario.

10. Aquellos jueces de letras nombrados para asumir funciones en los TOP o en los JG deberán continuar desempeñando sus antiguos cargos en la medida que sea necesario, y por un lapso que no exceda de dos años siempre que la Corte de Apelaciones del mismo territorio jurisdiccional así lo disponga.

Pero si se trata de jueces designados en tribunales o juzgados que pertenecen al territorio jurisdiccional de una Corte de Apelaciones diversa, esta decisión le corresponde al Presidente de la Corte Suprema.

También se deja de manifiesta la preocupación económica del visionario legislador, toda vez que prescribe que la remuneración y beneficios que

lleva aparejado el cargo sólo se van a devengar desde la fecha en que dicho cargo se asuma en forma efectiva.

11. a) En cuanto a los secretarios de los juzgados que se suprimen tendrán un derecho preferencial para ser incluidos en las ternas que se forman para los cargos de jueces de los TOP o de los JG de su misma jurisdicción, en la medida que enfrenten a interesados provenientes de igual o inferior categoría. Y siempre que hayan figurado en lista de mérito en los dos últimos años.

b) Si estos secretarios no fueren nombrados en los órganos jurisdiccionales precedentemente mencionados, la Corte de Apelaciones respectiva con una anticipación de 90 días a lo menos a la supresión del tribunal (art. 7° transitorio, que se remite, a su vez, al art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (véase instalación), los destinará a un cargo de igual jerarquía a la que tuvieren en la misma jurisdicción sin necesidad de nuevo nombramiento, no experimentando ningún menoscabo en sus derechos funcionarios.

c) Empero, si no hay vacantes en la misma jurisdicción, la Corte de Apelaciones respectiva con a lo menos 90 días de antelación a la supresión del tribunal, comunica a la Corte Suprema este hecho para que destine al secretario al cargo vacante más próximo a su jurisdicción, y sin que ello afecte a sus derechos funcionarios.

III. Personal de Secretaría

Los empleados de secretaría de los juzgados del crimen y de letras que se suprimen van a ingresar a cumplir funciones en los TOP y en los JG, de acuerdo a las siguientes reglas:

a) La Academia Judicial deberá llevar a cabo un examen habilitante para todos los empleados referidos, el cual se llevará a efecto con a lo menos 180 días de antelación a la fecha de vigencia que para las distintas regiones contempla el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En consecuencia, estos plazos serán los siguientes:

1. IV y IX Región. Fecha de entrada en vigor: 16/12/2000; antelación mínima de 180 días: 19/06/2000.
2. II, III y VII Región. Fecha de entrada en vigor: 16/10/2001; antelación mínima de 180 días: 19/04/2001.

3. Región Metropolitana. Fecha de entrada en vigor: 16/10/2002; antelación mínima de 180 días: 19/04/2002.
4. I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región. Fecha de entrada en vigor: 16/10/2003; antelación mínima de 180 días: 19/04/2003.

Para la aplicación del examen que se menciona, la Academia deberá establecer los procedimientos necesarios que regirán para todos los postulantes a los cargos vacantes de los TCP y de los JG. (letra f) art. 2° transitorio).

b) Cumplido este trámite examinatorio, la Corte de Apelaciones respectiva forma una nómina con todos los empleados de los tribunales que se suprimen, ordenados según su grado, y considerando los factores siguientes:

- 1) las calificaciones obtenidas en el año anterior,
- 2) la antigüedad en el servicio, y
- 3) la nota obtenida en el examen habilitante.

Será la Corte Suprema la que determinará, mediante un auto acordado, la ponderación para cada uno de los factores, y para tal fin deberá oír a los representantes de la Asociación Nacional de Empleados del Poder Judicial, de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia.

c) Se efectuará el nombramiento de este personal en los TOP y en los JG que se crean (se agregan en este acápite los juzgados de letras que se crean y que no están comprendidos en el inc. 1° del art. 2° transitorio), así como el traspaso de aquellos que se desempeñan en los tribunales que se suprimen, con a lo menos 90 días de antelación a la fecha contemplada en la letra a) de este art. 2° transitorio, esto es:

1. IV y IX Región. Fecha de entrada en vigor Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público: 16/12/2000; antelación mínima de 90 días: 16/09/2000.
2. II, III y VII Región. Fecha de entrada en vigor Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público: 16/10/2001; antelación mínima de 90 días: 17/07/2001.
3. Región Metropolitana. Fecha de entrada en vigor Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público: 16/10/2002; antelación mínima de 90 días: 17/07/2002.

4. I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región. Fecha de entrada en vigor Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público: 16/10/2003; antelación mínima de 90 días: 17/07/2003.

Los nombramientos o trasposos se van a ceñir al siguiente procedimiento:

c. 1. Se parte del supuesto que esté nombrado el Administrador del Tribunal (para esta designación ver arts. 389 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales). A continuación se proveen los cargos de jefes de unidad con los postulantes que cumplan con la calificación profesional o técnica que el cargo requiera, lo que se hará mediante las reglas de concurso público que el Código Orgánico de Tribunales contempla.

En forma excepcional para el primer nombramiento se entenderá que cumplen la calificación profesional o técnica necesaria para postular a los cargos de jefes de unidad de JG de asiento de comuna o agrupación de comunas y de capital de provincia, los oficiales primero de juzgado asiento de Corte que tengan más de cinco años de antigüedad en el cargo.

c.2. Nombrados los jefes de unidad, el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva debe llenar los cargos de los TOP y de los JG de la Región del grado 11 de la Escala de Sueldos Bases Mensuales del Personal de Empleados del Poder Judicial, con los empleados del mismo grado del escalafón de los tribunales, que son suprimidos y que hayan optado a desempeñarse en los tribunales de su misma jurisdicción, sin necesidad de nuevo nombramiento y siguiendo el orden de prelación a que se alude en la letra b) del art. 2° transitorio.

El procedimiento a que deberán sujetarse estos funcionarios en su postulación lo fijará la Corte de Apelaciones respectiva, y ésta señalará el momento en que cada funcionario pasará a ocupar su nuevo cargo, lo que se hará considerando las necesidades de funcionamiento de los juzgados involucrados.

c.3. Una vez que se hayan efectuado los trasposos indicados en el numeral anterior, los cargos del mismo grado que aún resten vacantes se llenarán mediante concurso público, siguiendo la normativa que el Código Orgánico de Tribunales contempla, y en la medida que las disponibilidades presupuestarias existentes lo permitan.

c.4. Si algún empleado grado 11 de los tribunales que se suprimen no aprueba el examen habilitante, la Corte de Apelaciones respectiva lo destinará, con a lo menos 90 días de antelación a la fecha en que se suprime el tribunal, a un cargo del mismo grado que se encuentre vacante en los

demás tribunales del sistema judicial, preferentemente en la misma jurisdicción, y sin que esa destinación signifique pérdida de alguno de sus derechos funcionarios (art. 2° transitorio letra e).

Para el cómputo de los 90 días mencionados, hay que estarse al art. 4° transitorio inc. 1°, respecto de los juzgados de letras que se suprimen por el art. 10 inc. 2° de la Ley N° 19.665. Por consiguiente, dicha supresión operará seis meses después de la fecha de vigencia que para la respectiva Región señala el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

De manera que el referido término será el siguiente:

1. IV y IX Región entra en vigor Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 16/12/2000. Se suprimen los juzgados de letras 6 meses después, esto es, 17/06/2001. Los 90 días de anticipación a esta fecha: 18/03/2001.
2. II, III y VII Región entra en vigor la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 16/10/2001. Se suprimen los juzgados de letras 6 meses después, esto es, 17/04/2002. Los 90 días de anticipación a esta fecha: 16/01/2002.
3. Región Metropolitana entra en vigor la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 16/10/2002. Se suprimen los juzgados de letras 6 meses después, esto es, 17/04/2003. Los 90 días de anticipación a esta fecha: 16/01/2003.
4. I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región entra en vigor Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 16/10/2003. Se suprimen los juzgados de letras 6 meses después, esto es, 17/04/2004. Los 90 días de anticipación a esta fecha: 16/01/2004.

Si no hay vacantes dentro de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones respectiva, el Presidente antes del vencimiento del término de 90 días aludido comunica tal hecho al Presidente de la Corte Suprema, para que éste destine al funcionario al cargo vacante que se encuentre más próximo a su jurisdicción de origen, sin que se vean afectados sus derechos funcionarios por tal circunstancia.

c.5. Según indica este numeral, los demás cargos del escalafón se llenarán siguiendo el mismo procedimiento antes anotado. No es claro este numerando, pues en las normas precedentes hay una diversidad de procedimientos a aplicar. Nos parece que frente a esta dificultad, bien puede

la Corte Suprema, en el ejercicio de sus facultades económicas, impartir instrucciones para uniformar criterio sobre el tema.

c.6. Los empleados de secretaría de los tribunales que se suprimen por esta ley (se incluyen tanto los juzgados del crimen como los de letras) tienen un derecho preferente para ser incluidos en terna para los cargos que se postulan dentro de su jurisdicción, frente a los demás postulantes del mismo grado y, cuando corresponda, frente a los postulantes externos.

d) Por último, se deja en claro que estas designaciones, nombramientos o traslados y, en definitiva, traspasos no pueden importar disminución de remuneraciones, pérdida de antigüedad en el Poder Judicial y en la categoría del escalafón, cambios en los sistemas de salud, menoscabo o pérdida de algunos de los derechos funcionarios que el empleado tenga al tiempo de efectuarse la nueva asignación en los nuevos tribunales.

IV. Supresión de Tribunales (Art. 4° Transitorio Ley 19.665)

• Juzgados de Letras

a) Los juzgados de letras que se suprimen por el art. 10 inc. 2° de esta ley dejan de tener existencia legal seis meses después de la fecha que para la respectiva Región señala el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, esto es:

1. IV y IX Región entra en vigor la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 16/12/2000, supresión 6 meses después, esto es: 17/06/2001.
2. II, III y VII Región entra en vigor la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 16/10/2001, supresión 6 meses después, esto es: 17/04/2002.
3. Región Metropolitana entra en vigor la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 16/10/2002, supresión 6 meses después, esto es: 17/04/2003.
4. I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región entra en vigor la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 16/10/2003, supresión 6 meses después, esto es: 17/04/2004.

Pese a lo anotado, la Corte de Apelaciones respectiva puede fijar una fecha anterior a la señalada, considerando la carga de trabajo que subsista y las necesidades de funcionamiento que los JG y los TOP presenten. En este



caso, los jueces, secretarios y el personal de empleados de tales juzgados se mantendrán en sus cargos por el tiempo que la Corte de Apelaciones señale.

Aquellas causas que subsistan una vez suprimido el Tribunal se distribuirán por la Corte entre los juzgados de letras de la misma jurisdicción, y se entenderá que éstos son los continuadores legales del suprimido para todos los efectos constitucionales y legales.

- Juzgados del Crimen

b) Art. 5° transitorio Ley N° 19.665.

b. 1. Serán las respectivas Cortes de Apelaciones las que determinarán la oportunidad en que regirá la supresión de los juzgados del crimen a que se refiere el art. 10 inc. 1° de esta ley

b.2. Asimismo, serán estos tribunales los llamados a establecer el período por el cual se mantendrán en sus cargos los jueces, secretarios y el personal de empleados de estos juzgados. Para este fin tendrán en consideración la carga de trabajo de los juzgados que se suprimen y las necesidades de funcionamiento que los JG y los TOP, en su caso, presenten.

b.3. Las facultades antes mencionadas se ejercerán por las Cortes de Apelaciones una vez cumplida la fecha que para la respectiva Región establece el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, lo que significa que para la:

1. IV y IX Región será el 16/12/2000, pues se cumple el 15/12/2000.
2. II, III y VII Región será el 16/10/2001, pues se cumple el 15/10/2001.
3. Región Metropolitana será el 16/10/2002, pues se cumple el 15/10/2002.
4. I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región será el 16/10/2003, pues se cumple el 15/10/2003.

b.4. Una vez suprimido el tribunal, aquellas causas que se hallaren pendientes ante él serán distribuidas por las Cortes de Apelaciones respectivas entre los juzgados del crimen de la misma jurisdicción que continúen en funciones, entendiéndose que el juzgado asignado es el continuador legal del suprimido. Para este efecto, las Cortes de Apelaciones

fijarán las competencias territoriales de los juzgados del crimen que sigan en funciones.

b.5. El legislador indica en esta norma transitoria (art.5° inc.3) que las Cortes de Apelaciones en el ejercicio de las atribuciones que se han mencionado precedentemente, tendrán presente los siguientes criterios orientadores:

a) La supresión de los juzgados del crimen regirá cuando, conforme a la estadística judicial, el número de causas en tramitación baje del 50% respecto del número de causas que se hubiera encontrado pendiente a la fecha que para la respectiva región señala el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, como entrada en vigencia de sus normas, y a la que hemos aludido en párrafos anteriores (b.3).

De esta suerte, a esa fecha cada uno de los juzgados que se suprimen tendrán que establecer el número de causas que a ese momento tienen en tramitación, para poder determinar con posterioridad si se ha logrado bajar del 50%, y si así fuere, entender que rige la supresión correspondiente.

b) En todo caso, la supresión de los juzgados del crimen de numeración impar regirá a más tardar al término del primer año a partir de la fecha que para la respectiva Región señala el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, lo que significa que para:

1. IV y IX Región entra en vigor el 16/12/2000. Plazo de un año se cumple el 16/12/2001, rige supresión el: 17/12/2001.
2. II, III y VII Región entra en vigor el 16/10/2001. Plazo de un año se cumple el 16/10/2002, rige supresión el 17/10/2002.
3. Región Metropolitana entra en vigor el 16/10/2002. Plazo de un año se cumple el 16/10/2003, rige supresión el 17/10/2003.
4. I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región entra en vigor el 16/10/2003. Plazo de un año se cumple el 16/10/2004, rige supresión el 17/10/2004.

En esta segunda situación la supresión se produce, respecto de los juzgados del crimen de numeración impar, a todo evento. No tiene aplicación el primer criterio orientador. Cabe advertir que de orientadores estos criterios no tienen nada, pues las Cortes de Apelaciones simplemente tendrán que atenerse en forma obligatoria a los dictados del legislador en esta materia.

c) Una tercera posibilidad se contempla en el inc. 4° de este art. 5° transitorio. En efecto, si al término del segundo año aún hay juzgados del crimen que se mantengan en funciones en la respectiva jurisdicción, regirá en ese momento la supresión de todos ellos.

Naturalmente que este segundo año se contará desde que entran en vigor para la respectiva Región las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, vale decir:

1. Para la IV y IX Región entra en vigor el 16/12/2000. Plazo de dos años se cumple el 16/12/2002, rige supresión el 17/12/2002.
2. Para la II, III y VII Región entra en vigor el 16/10/2001. Plazo de dos años se cumple el 16/10/2003, rige supresión el 17/10/2003.
3. Para la Región Metropolitana entra en vigor 16/10/2002. Plazo de dos años se cumple el 16/10/2004, rige supresión el 17/10/2004.
4. Para la I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región entra en vigor el 16/10/2003. Plazo de dos años se cumple el 16/10/2005, rige supresión el 17/10/2005.

d) No obstante la orden perentoria de suprimir todos los juzgados del crimen que estén en la situación registrada precedentemente, se establece que las Cortes de Apelaciones respectivas deberán mantener subsistente el juzgado del crimen que ellas señalen, que se entenderá continuador legal de todos aquellos que han sido suprimidos en la respectiva jurisdicción.

La competencia de este único tribunal será el conocimiento de las causas relativas a hechos acaecidos con anterioridad a la fecha de vigencia que para la respectiva Región señala el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, esto es:

1. Para la IV y IX Región, hechos anteriores al 16/12/2000.
2. Para la II, III y VII Región, hechos anteriores al 16/10/2001.
3. Para la Región Metropolitana, hechos anteriores al 16/10/2002.
4. Para la I, V, VI, VIII, X, XI y XII Región, hechos anteriores al 16/10/2003.

Empero nada se dice en este inciso sobre el territorio en que ejercerá esta competencia este exclusivo juzgado. Habrá que entender que la Corte de

Apelaciones será la llamada a fijarlo, por aplicación del inc. 2° del art.5° transitorio.

e) Así mismo, debe tenerse en cuenta que conforme al art. 7° inc. 2° transitorio, las normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la competencia en materia penal de los juzgados del crimen y de los juzgados de letras con competencia en lo criminal van a seguir aplicándose respecto de las causas cuyo conocimiento les corresponde después de las fechas mencionadas en la letra anterior, por hechos acaecidos con anterioridad a ellos.

Lo dicho se entiende que es sin perjuicio de las reglas que sobre competencia territorial fijan las Cortes de Apelaciones para los juzgados del crimen que vayan a continuar en funciones (art. 5° inc. 2° transitorio) durante este período de supresiones de juzgados.

f) Nada se dice acerca de la duración en el tiempo que tendrá este único juzgado. Sólo hay referencia en el art. 7° transitorio a las normas de competencia penal para aquellas causas que deban ser conocidas por los juzgados del crimen o los juzgados de letras con competencia en lo penal, por referirse a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Como conclusión, estimamos que su duración será indefinida, toda vez que será imposible conocer anticipadamente los hechos acontecidos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y que sólo aparecerán a la luz cuando la autoridad tenga conocimiento de ellos. En todo caso será necesario tener en consideración los plazos de prescripción de la acción penal. Lo que nos lleva a la coexistencia de dos sistemas, y de su correspondiente legislación, por un largo período, tal vez más allá de lo pensado y querido por los reformadores.

Así mismo, cabe considerar que al menos habrá un juzgado por cada Región que será competente para conocer de estos hechos, cualquiera que sea el lugar, dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte, donde ellos hubieren acontecido. Mirando nuestra geografía, en la mayoría de los casos es un sistema poco práctico, por decir lo menos, pues su asiento a no dudar será el de la capital de la Región pertinente. Se trata, entonces, de un mega o hiperjuzgado residual. Serán los basureros del sistema que hoy nos rige, pero que extenderán su influencia aun respecto de los tribunales superiores, ya que éstos estarán habilitados para conocer, a su vez, de los asuntos que estos hipertrofiados tribunales conocerán en primera instancia.

Lo anotado, por cierto, confirma una abierta inconstitucionalidad, al atentar en contra de la garantía individual de la igualdad ante la ley, así como de los tratados internacionales que pregonan igual principio.

g) Por último, se dan ciertas reglas para el caso de quedar vacantes en este juzgado del crimen los cargos de juez o secretario. En esta posibilidad la Corte de Apelaciones correspondiente dispondrá lo necesario, para proveerlos ciñéndose a las reglas comunes; o bien, destinará a servirlos a los jueces y funcionarios de los juzgados o tribunales de su jurisdicción que indique y por el tiempo que considere necesario. Al funcionario que se le encomiende esta labor es sin perjuicio de continuar desempeñando el cargo que ocupe, y percibirá sólo la remuneración y los beneficios que a éste le correspondan.

¿De dónde van a provenir estos jueces y secretarios para proveer estos cargos vacantes?

No vendrán de los Juzgados de Garantía ni de los Tribunales Oral en lo Penal, pues pertenecen a un sistema de enjuiciamiento criminal diferente. Ni tampoco dichos órganos jurisdiccionales los pueden subrogar, toda vez que lo prohíben los arts. 209 y 210 A.

Tampoco podrán considerarse otros juzgados del crimen de este tipo, ya que en la jurisdicción de cada Corte de Apelaciones habrá uno solo, y los demás están insertos en otro territorio jurisdiccional. Únicamente estarán disponibles los jueces de letras en lo civil de cada jurisdicción. ¿A ellos habrá que recurrir? Es como desvestir a un santo para vestir a otro. No parece razonable el ideario de nuestros legisladores en esta materia, más aún cuando quien asume el ejercicio de este cargo en este juzgado deberá mantener también el que naturalmente le es propio.

No se menciona la jerarquía que se le asigna a este megajuzgado, y por ende su ubicación en el escalafón, ni el personal de secretaría que tendrá. No hay que olvidar que estos empleados han podido ejercer un derecho de opción y desplazarse a un JG o un TOP, y que eventualmente no haya funcionarios disponibles.

Se habla en esta disposición transitoria, además, que a estos jueces o secretarios se les "destinará" o que la "destinación se cumple...". Empero a este respecto es menester tener en consideración lo prescrito en el art. 244 del Código Orgánico de Tribunales, respecto de las calidades en que puede ser nombrado un juez. Y parte el legislador del supuesto que se está en presencia de un cargo vacante, luego aquel que se designe no puede tener la calidad de suplente. Podrá entenderse que es interino, pero con la

limitante consignada en el art. 246 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, de no poder durar el interinato por más de cuatro meses, y a cuyo vencimiento el juez interino cesa de hecho en el ejercicio de sus funciones, y el Presidente de la República debe proveer la plaza en propiedad.

No vamos a cuestionar la facultad que la ley le atribuye a las Cortes de Apelaciones para llevar a cabo estos nombramientos –que se apartan del sistema hasta hoy imperante–, por estimar que se ajusta a lo prescrito en el art. 245 del Código Orgánico de Tribunales, cuyo texto expresa: “Nombrado un juez **en la forma prescrita por la ley** para ocupar una plaza vacante, y no expresándose en su título con qué calidad es nombrado, se entiende que lo es con la de propietario”. Luego, la Corte de Apelaciones tiene la siguiente alternativa: 1) nombra al designado sin especificar la calidad en que lo hace, y el nombrado será propietario en su nuevo cargo, y deberá cesar en el cargo que servía con anterioridad y del cual proviene; 2) nombra al designado en calidad de interino, y este nombramiento tendrá un plazo máximo de cuatro meses, a cuyo vencimiento el Presidente de la República debe nombrar a un juez propietario necesariamente; 3) provee el cargo conforme a las reglas comunes.

En esta última posibilidad se hace referencia a las reglas comunes pero ¿cuáles son éstas? Las consignadas en los arts. 279 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, en lo que sean aplicables al caso en cuestión, con todos los problemas que trae consigo este tipo de juez, al ser único en su categoría. Para el caso de que se trata, operaría lo estatuido por el art. 284 bis inc. 1° del Código Orgánico de Tribunales, nos parece.

V. Comisión de Coordinación (Art. 6 Transitorio)

1. Se crea una Comisión de Coordinación de la Reforma Procesal Penal, cuyo objetivo es realizar los estudios y proposiciones técnicas que tiendan a facilitar la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal, así como la acción mancomunada de las instituciones convergentes a ella. Le corresponderá, además, hacer el seguimiento y evaluación del proceso de implementación de la reforma.

2. Composición de la Comisión.

Se integrará por:

- a) El Ministro de Justicia, que la presidirá;
- b) El Presidente de la Corte Suprema;
- c) El Fiscal Nacional del Ministerio Público;
- d) Un Ministro de la Corte Suprema, elegido por el pleno
- e) El Presidente del Colegio de Abogados con mayor número de asociados;

- f) Un Fiscal Regional elegido por el Consejo del Ministerio Público;
- g) El Subsecretario de Justicia.

Considero excesivo el número de miembros que componen esta Comisión. Aunar criterios con tantas personalidades es difícil. Habría bastado con los tres primeros y el Secretario Ejecutivo, ya que éste está facultado para contratar personal y formar equipos de trabajo que fueren necesarios para cumplir con los fines de esta Comisión.

Asimismo, es preciso observar que no está contemplada la delegación de la representación que invisten sus integrantes, de modo que cada uno de ellos deberá asistir personalmente a las sesiones que se convoquen, y que el Reglamento que se dicte no podrá sobrepasar lo establecido en esta ley respecto de esta Comisión en esta materia.

Esta Comisión contará con un Secretario Ejecutivo, que será designado por ella, y que sólo tendrá derecho a voz en las reuniones. Nada se dice acerca de las calidades que debe reunir el candidato para ser designado, ni el procedimiento a seguir para llenar el cargo, ni su duración, remuneración, sus obligaciones y derechos, inhabilidades, incompatibilidades, etc.

Para cumplir sus funciones –que no se indican– este Secretario podrá contratar –¿a qué nombre?– hasta cuatro profesionales que integrarán la Secretaría. Habrá que entender que éstos tendrán las calidades profesionales que demande la naturaleza de las actividades de la Comisión.

También el Secretario podrá formar equipos de trabajos interinstitucionales integrados por representantes de las diversas instituciones vinculadas a la reforma.

Para regular su organización y funcionamiento en lo no contemplado en la ley, la Comisión debe dictar un Reglamento dentro de] plazo de 30 días de constituida, y deberá sesionar a lo menos una vez al mes.

3. Disolución de la Comisión

El último día del mes en que se cumpla el quinto año de su constitución, por el solo ministerio de la ley, se disolverá la Comisión de Coordinación, y se suprimirá el cargo de Secretario Ejecutivo. Y, agregamos, así como todo aquel otro personal que se hubiere contratado por éste.

Surgen las interrogantes, entre otras: ¿quién guardará la documentación existente a ese momento?; ¿cuál será el destino de los bienes que alhajaron a esta Comisión?

Entendemos que esta Comisión se constituyó en el mes de Abril de 2000, por ende su disolución se producirá en abril de 2005.



VI. Vigencia de las normas de competencia

En esta materia este artículo establece una clara división entre:

- a) Hechos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público
- b) Hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En cuanto a los primeros, el inc.1° de este art. 7° transitorio indica que las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.665 que incorporan, modifican o suprimen normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la competencia en materia penal, entrarán en vigencia en la fecha que para la respectiva Región establece el art. 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que se ha mencionado más de una vez a lo largo de este trabajo, respecto de los hechos que acontezcan a partir de ese momento.

Respecto de los segundos, la misma disposición en su apartado dos dispone que las normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la competencia en materia penal, van a continuar aplicándose después de la fecha de vigencia de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, respecto de las causas cuyo conocimiento corresponda a los juzgados del crimen y a los juzgados de letras con competencia en lo criminal, en la medida que se refieran a hechos acaecidos con anterioridad a dicha vigencia.

En este punto, hay que tener claro que lo dicho es sin perjuicio de lo que establezcan las Cortes de Apelaciones sobre la nueva competencia territorial de los juzgados del crimen, siguiendo lo ordenado por el art. 5° transitorio, ya examinado.

La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano

Angela Cattán Atala

Profesora de Derecho Romano

Christian Merino Alvarez

Ayudante

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I

En general para los europeos y en particular para los hispanos, la empresa colombina trajo consigo nuevos y variados escenarios, en donde la tradición jurídico marítima, que se había conocido en el área mediterránea y en las regiones euro atlánticas –durante los siglos medievales– subsistió con su antiguo espíritu.

El Derecho Indiano se nos presenta –ya desde sus orígenes– como una nueva construcción que une esa tradición jurídica medieval con el espíritu renacentista, tan propio de la empresa de descubrimiento y colonización del Nuevo Mundo.

El Derecho Indiano nació dentro del marco del *Ius Comune*, como una especialidad del Derecho Castellano. Las disposiciones que a partir del descubrimiento –y que durante los primeros años dictaron los reyes españoles para las Indias– se basaron en el Derecho Castellano, puesto que las islas y tierras firmes descubiertas fueron donadas por el papa Alejandro VI a los reyes y a sus sucesores de la corona de Castilla, y posteriormente anexadas a dicha corona.

En conformidad al Derecho Común, al ser las Indias tierras de infieles y quedar incorporadas accesoriamente a Castilla, se tenían y juzgaban por una misma cosa con ésta y debían gobernarse y regirse por sus leyes. Desde que pasaron a formar parte del reino principal, recibieron naturalmente su derecho, sin necesidad de promulgación alguna.

El trasplante del Derecho Castellano fue, en consecuencia, pleno y supuso no sólo el de las leyes, sino también el de los principios de inspiración romano canónica, y su aplicación se hizo según el orden de prelación fijado en la Ley 1 de Toro.

El sistema jurídico de las Indias fue complejo, integrado por varios ordenamientos, algunos de ellos bastantes heterogéneos, como por ejemplo, los derechos indígenas. No obstante lo anterior, existió una unidad en el llamado *Corpus Iuris Indiarum*, que estuvo asegurada por dos factores: el primero de ellos fue la concepción jurídica de la época, que subordinaba el derecho positivo a las leyes divinas y a la Ley natural, al respecto Juan de Solórzano y Pereira, manifestaba que *"el derecho natural es más poderoso que el principado"*; y el segundo factor relevante fue el Derecho Romano, que otorgó a su vez, un instrumento eficaz para conciliar los intereses de la corona con los de las Indias Occidentales. Es así, como el Derecho Romano, fue un instrumento de primera importancia al ser utilizado por los juristas indios, por ejemplo: al categorizar a los indios a través del sistema de las miserables personas, a las cuales estaban asimilados los menores y las mujeres.

Son numerosas las instituciones romanas que pervivieron y fueron aplicadas en las Indias Occidentales. Una de estas instituciones romanas –proveniente de una antigua costumbre, propia al parecer de los pueblos de la cuenca del Mediterráneo, que toma el nombre de la antigua reina del mar, la isla de Rodas– que es conocida por su nombre latino *"Lex Rodhia de lactu"*, y su pervivencia en el Derecho Indio –particularmente en las Ordenanzas de la ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. Y M.L. Villa de Bilbao– son el objetivo del presente artículo.

II

"Deprecacion de Eudemon Nicomediense á Antonino emperador: señor emperador Antonino: naufragamos en Italia, y fuimos llevados por los publicanos que habitan las islas Cíclades. Respondió Antonino á Eudemon : Yo sin duda soy señor del mundo; pero la ley lo es del mar . Júzguese esto por la ley Rodia escrita sobre las cosas del mar, en cuanto no se oponga á nuestras leyes. Esto mismo juzgó también Augusto".¹

Este texto que transcribe la disposición del emperador Adriano, corresponde al jurista clásico Volusio Meciano. Esta norma es de gran importancia, pues establece que en principio, las reglas sobre la avería se rigen por el derecho consuetudinario, en la medida que no se opongan a las normas vigentes del Derecho Romano.

Estas disposiciones fueron plasmadas en el libro XIV del Digesto, donde los juristas hicieron una recopilación casuística de la costumbre marítima, con-

¹ D.14.2.9 Volusio Meciano de la ley Rodia.

forme a su método y cuyo centro más importante había estado precisamente en la isla de Rodas, por lo cual en el mundo griego se habla de *nomos Rodios* y los latinos de *Lex Rodhia de lactu*.

En general los principios de la Ley Rodia se aplican a toda clase de daños intencionados causados al buque o al cargamento en situaciones de peligro común.

La palabra avería viene del árabe "*al awariya*", que significa mercaderías estropeadas. Al parecer fue una palabra usada en el comercio marítimo que no aparece en las Siete Partidas, pero sí en los cuerpos legales posteriores a ellas.

En general se debe entender por avería todo daño o pérdida que pueda sobrevenir en el curso de una expedición marítima.²

La avería gruesa –que es el objeto específico del presente artículo– consiste en que los propietarios que se salvaron del accidente marítimo tienen que ayudar económicamente a los que se perjudicaron en el accidente. Si la nave tuvo perjuicios como consecuencia de la echazón de carga o combustible, si se botó una parte del cargamento para aliviar el buque y en general cualquier cosa que fue sacrificada por el peligro o en interés común, deben contribuir en las proporciones correspondientes para ayudar a las víctimas.

Como hemos visto, la avería es una institución antiquísima cuyos orígenes se remontan a la época de la compilación Justiniana con la *Lex Rodhia de lactu* o relativa a la echazón. Ahora bien, para conocer la forma que como los romanos pusieron en práctica esta antigua costumbre marítima debemos empezar por el estudio de la *Locatio conductio*.

² Sin perjuicio de lo anterior, la historia del comercio marítimo deparó para la palabra avería, diversas acepciones, a saber:

- Cobros que se hacen a los mercaderes por la entrada o salidas de género de los puertos, a fin de sufragar los gastos de protección de la navegación.
- Cuota que los miembros de una institución, llamada Consulado, solían aportar para su sostenimiento, y para cubrir cualquier imprevisto que como corporación debieran o decidieran sufragar.
- Gastos usuales, de poco costo pero necesarios, ya en el viaje, ya en el puerto (forzosamente como en temporal, o en el de destino) para descargar (derechos de piloto mayor, visitas oficiales, pilotaje de costa y puerto, ataje o remolque, flete de lanchas, gabarras, etc.). Concepto que corresponde a la avería ordinaria.
- Daños distinguibles en el buque o en la mercancía. El daño, como efecto de caso fortuito, debía venir ab extra, esto es de gente de fuera, por ejemplo, por cañoneo enemigo; y por ser distinguible, la pérdida era para el dueño del barco si se daba en el casco o en los aparejos, o para el de la mercancía siendo en ella. Concepto que corresponde a la avería simple o particular.

Respecto de la avería gruesa hubo las siguientes acepciones:

- Nuevo repartimiento de cargos por ingreso de refuerzos a la Armada.
- Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se pierden mercancías y su costo se reparte.

III

La *locatio conductio* comprendía una serie de contratos que para nosotros son diferentes entre sí. Se distinguían la *locatio conductio rei*, la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*; estos tres tipos de arrendamiento fueron agrupados en esta forma por la pandectística del siglo XIX. Diversificación inaceptable en el derecho actual y también en el Derecho Romano, pues las fuentes directas, tanto en el Digesto como en las Institutas de Gayo, no hacen esta diferencia, sólo se conoce la *locatio conductio*, y en principio se aplicaron las mismas reglas a las variedades de este contrato.

Locare significa colocar, esto es, confiar o entregar algo a una persona, en cambio la etimología de *conducere* es oscura, pero los juristas clásicos le dieron la acepción de *secum ducere*, el que lleva consigo, por este motivo cuando alguien recibía una cosa para transportarla a otro lugar, el que la recibía era llamado conductor, porque llevaba consigo la cosa.

De este contrato consensual nacían dos acciones: la persona que encargaba la obra, disponía de *actio locati* y con ella podía exigir la entrega de la obra concluida o reformada; y el ejecutor de la obra tenía a su favor la *actio conducti* para exigir el precio convenido.

La jurisprudencia romana pone en vigor a través de estas acciones, la *Lex Rhodia de lactu*, reguladora del contrato de transporte marítimo.

IV

"Paulus, Libro II Sententiarum: - Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est".³

Conforme dispone Paulo que si para aliviar una nave se hizo alijo de mercancías, se resarza a contribución de todos el daño que en beneficio de todos se causó.

Las acciones que proceden en este caso son:

1. Con relación a los dueños de las mercancías perdidas: en el caso de mediar contrato de transporte deben ejercitar contra el patrón de la nave la acción de locación. En virtud de la acción de locación antes indicada

³ D.14.2.1 Paulo, lib. 2 de las Sentencias.

contra el patrón de la nave, puede solicitarse que se retenga la mercancía de los demás pasajeros, hasta que se paguen parte de los daños.

2. En relación con el patrón de la nave: puede ejercitar éste contra los dueños de las mercancías que se salvaron la acción de conducción, para que se reparta a proporción el perjuicio. Pero si por haberse conservado las mercancías se hubieran deteriorado la nave o se hubiere descompuesto alguna cosa, no se ha de hacer reparto alguno.⁴

IV.a

*“Muchos mercaderes cargaron en una misma nave varias especies de mercancías, y á mas de esto navegaron en ellas muchos pasajeros libres y siervos; y por haberse levantado una grande tempestad, hubo necesidad de arrojar al mar algunas cosas; por cuya razon se suscitaron las dudas siguientes: si todos eran responsables á la pérdida: si tambien los que llevaban mercancías que eran de poco peso, como piedras preciosas o margaritas, y qué parte deben pagar: si tambien deben contribuir los hombres libres, y por qué acción se podría pedir. Se determinó que debían pagar todos los que tuvieron interés en que se arrojasen las cosas; porque las que se reservaron estaban obligadas á esta responsabilidad; y que el señor de la nave estaba también obligado respectivamente, y la pérdida se debía distribuir segun el precio de las cosas...”*⁵

En materia de contribución en los gastos, se establece que a todos aquellos a quienes hubiese interesado el alijo deberían contribuir, como también el dueño de la nave está obligado en proporción.

Por otro lado el importe del alijo debe distribuirse conforme el precio de las cosas.

IV.b.

“Papinianus Libro XIX Reponsorum. Quum arbor, aut aliud navis instrumentum removendi communis periculi causa deiectum est, contributio debetur”.⁶

En cuanto a los deterioros de la nave se establece que cuando se echó al mar el mástil u otro instrumento de la nave para evitar un peligro común, se debe la contribución.

⁴ D.14.2.2.1 Paulo, lib.34 en el Edicto

⁵ D.14.2.2.2 Paulo, lib.34 en el Edicto

⁶ D.14.2.3 Papiniano, lib. 2 de las Respuestas

"Si se sumerge la nave, ó impelida, se rompe contra alguna peña, lo que cada uno preservase de lo que era suyo, se repondió que preserve para sí, como cuando sucede incendio".⁷

IV.c

"Mas cuando se arrojaron algunas cosas de la nave, y se deterioraron las de otro que quedaron en ella, se ha de ver si éste ésta obligado á la contribucion; porque no debe sufrir dos daños, el de la contribucion, y el de haberse deteriorado sus cosas; pero se ha de defender, que éste debe contribuir segun el precio que en al presente tienen; y así, v. G: si las mercancías eran de dos, y las de cada uno valían veinte, y por haberse mojado las de uno, bajo su valor á diez, éste contribuirá por diez, y aquel cuyas mercancías no padecieron daño, por veinte".⁸

Esta regla se refiere a que en caso que se deterioren las mercancías y deba contribuir el dueño de ellas, el valor de las mercancías debe tomarse conforme al actual valor con su respectivo deterioro, y en consideración a ella debe realizarse la contribución.

IV.d

"Si se rescató de los piratas la nave, Servio, Ofilio y Labeón dicen que todos deben contribuir, pero lo que robaron los ladrones, lo pierde su dueño, y no se debe contribuir al que redimió su mercancías".⁹

En el caso de que alguno de los pasajeros no fuere solvente, esta situación en ningún caso debe ser asumida por el patrón de la nave, porque no puede el marinero averiguar la fortuna de cada uno.

IV.e

Si aparecen las cosas alijadas, se prescinde de la contribución, y si se realizó ya la contribución, los que hubieren pagado deberán ejercitar contra el patrón la acción de locación, para que éste intente la de conducción y devuelva lo que hubiere cobrado.¹⁰

⁷ D.14.2.7 Paulo, lib. 3 Compendio de los Digestos de Alfeno

⁸ D.14.2.4.2 Calistrato, lib. 2 de las Cuestiones

⁹ D.14.2.2.3 Paulo, lib. 34 en el Edicto

¹⁰ D.14.2.2.7 Paulo, lib. 34 en el Edicto

Por último, hay que tener presente que las cosas alijadas siguen perteneciendo a sus respectivos dueños y que en ningún caso se hacen de quien las coge, porque no son tenidas como abandonadas.¹¹

IV.f

*“Si por causa de aliviar la nave, porque no podía entrar en el río ó en el puerto con la carga, ó porque no peligrase fuera del río, ó á la entrada, ó en el puerto, se pasaron las mercancías a un esquife, y este se sumergió, los que salvaron las suyas en la nave, deben contribuir á los que las perdieron en el esquife, del mismo modo que si las hubiesen arrojado al mar: así lo prueba Sabino en el libro segundo de sus Respuestas. Al contrario, si se salvó el esquife con parte de las mercancías y perece la nave, no se debe resarcir á los que las perdieron en ella; porque la contribución por lo que se arroja al mar, solo tien lugar cuando es para libertar la nave”.*¹²

De tal manera, si para aliviar una nave, parte de la mercancía ha sido transportada en un esquife y éste se hundió perdiéndose las mercaderías transportadas, todos deben contribuir de la misma forma que si hubiere habido alijo.

*“Si la nave que padecía tempestad, y se aligeró echando al mar las mercancías de algun mercader, se sumergió en otro lugar, y los buzos (recompensándoles su trabajo) sacasen las de algunos mercaderes, estas se deberán computar con las que se echaron al mar cuando se navegaba para aligerar de peso la nave por los que despues recuperaron las suyas los buzos. Esto respondió tambien Sabino; pero las de los que recuperaron las suyas en la forma expresada, no se deben computar recíprocamente por el que echó las suyas al mar durante la navegacion, si los buzos sacaron algunas, porque no puede parecer que se echaron las que de aquellos por causa de libertar la nave que pereció”.*¹³

Estudiados algunos aspectos del alijo de mercancías en los textos del Digesto, en especial lo referente a lo que hoy llamamos avería gruesa, nos corresponde ahora analizar la forma como dichas normas fueron acogidas por el Derecho Común, a través de su principal expresión como es el Código de las Siete Partidas de Alfonso X “el Sabio”.

¹¹ D.14.2.2.8 Paulo, lib.34 en el Edicto; D 14.2.7 Juliano, lib. 2 de Minicio

¹² D.14.2.4 Calistrato, lib. 2 de las Cuestiones

¹³ D.14.2.4.1 Calistrato, lib. 2 de las Cuestiones

V

“Peligros grandes acaescen a las vegadas, a los que andan sobre el mar; de manera, que por la tormenta del mal tiempo que sienten, e por miedo que han de peligrar, e de se perder, han a echar en la mar muchas cosas, de aquellas que tienen en los nauios, porque se aliuien, e puedan estorcer de muerte: e porque tal echamiento como este, se faze por pro comunalmente de todos los que estan en los nauios...”¹⁴

En las Siete Partidas se recepciona todo lo referente a la *Lex Rodhia de lactu* y es así como en la glosa correspondiente se acude al Digesto específicamente al libro I, que es donde se trata esta materia.

Se procede a enunciar la regla general “cuando alguno experimenta daño para el común provecho, debe contribuirse por todos”.

En general podemos decir que las Partidas en mayor o menor medida reproducen las reglas del Digesto, las que en todo son complementadas por otras disposiciones.

“Leuantandose viento fuerte, que fiziessse tormenta en la mar, de manera que los guardadores de las naues temiessen de peligrar; e con intencion de estorcer, cortassen el mastel della, o derribassen a sabiendas el entena, con la vela, e cayesse en la mar, e se perdiessse; tal perdida como esta, tenudos serian los mercadores, e los otros que fuessen en la naue, de la compartir entre si; e de la pechar todos de so vno al señor de la naue; bien assi como diximos en la ley ante desta, que deuen pechar, lo que echan en la mar con intencion de aliuiar la naue. Mas si acaessiesse, que el mastel, o el entena, o la vela non mandassen cortar, nin le derribasse a sabiendas el maestro de la naue; mas lo quebrantasse el viento de la mar, o rayo que cayesse del Cielo, o se perdiessse por alguna cosa semejante destas, que auiniesse por ocasion, estonce los mercaderos, nin los otros que fuessen en la naue, non serian tenudos de pechar en ello ninguna cosa, maguer sus cosas fincas sen en saluo, que se non perdiessen Ca pues que ellos dan loguero de la naue, la perdida que desta manera auiniesse, al señor della pertenesce, e non a los otros”.¹⁵

De lo anterior desprendemos lo siguiente:

- Si el capitán de la nave ordena sea cortado el mástil, todos debe contribuir con su pérdida.

¹⁴ Ley 3 (Como se deue compartir el daño de las mercaderías, que echan en el mar por razon de tormenta), Titulo IX, Partida V.

¹⁵ Ley 4 (Como los Mercaderos deuen compartir entre si el daño del mastel, quando lo cortan por estorcer de la tormenta), Titulo IX, Partida V.

- Si el caso se debe a una fuerza mayor como una tormenta o rayo que cayese del cielo, en este caso solo corresponde esta pérdida al dueño de la nave.

En este punto también se cita al Digesto y el libro de las Etimologías de San Isidoro, que hace referencia a tres tipos de rayos.¹⁶

*“Corriendo algund nauio por la mar con tormenta, de manera que por ocasion firiessse en peña, o en tierra; si se quebrantasse, o se enarenasse, maguer los mercadores sacassen sus cosas en saluo, non serian tenudos de pechar la naue. Mas si acaesc’esse que ante que peligrasse la naue, assi como sobredicho es, los mercadores, con miedo que ouíessen de se perder ellos, e a sus cosas, mandassen al señor de la naue, que dexassen correr contra la tierra, a ventura de lo que Dios quisíesse fazer; diciendo que si acaescíesse que la naue se quebrantasse, que ellos querian auer su parte en el peligro; e que le ayudarian a cobrarla, si estorcíessen, e les fincasse, de lo que tirassen della, con que le pudiessen fazer; estonce el señor de la naue la dexasse y correr por ruego, o por mandado dellos, e se quebrantasse, deuenla apreciar quanto podria valer, e contar lo que tiro della cada vno dellos, de aquello que era suyo; e el señor della, e todos los otros deuen compartir entre si la perdida, pechando cada uno dellos, mas, o menos, segund la cuantia que della saco, o cobro cada vno: e los que non sacassen nada, non deuen pechar ninguna cosa; e si todo se perdiessse non ha el señor de la naue demanda contra los mercadores por esta razon”.*¹⁷

El párrafo anterior se refiere a quién ha de soportar el daño cuando el navío a raíz de una tormenta se estrella contra la tierra. En este caso deberán responder los mercaderes, cuando ellos mismos han solicitado que la nave encallase para evitar mayores pérdidas, en caso contrario solo debe responder el dueño de la nave. En este punto cita, nuevamente, al Digesto y al jurista del Derecho Común Paulo de Castro.

Esta regla corresponde sin lugar dudas a un texto del jurista clásico Paulo, ubicado en D.14.2.

¹⁶ San Isidoro de Sevilla. Etimologías, Libro 13.

¹⁷ Ley 5 (Por quales razones non son tenudos los Mercadores, de compartir entre si el daño de la naue, quando se quebrantase en peña, o en tierra; e por quales non se podrian escusar), Titulo IX, Partida V.

VI

Como era corriente en la práctica comercial de todas las naciones europeas, también España estableció un monopolio mercantil que vedaba el tráfico con otras potencias. Por la enormidad de los reinos indianos fue virtualmente imposible mantener este monopolio en integridad, produciéndose con profusión el contrabando que, siendo muchas veces el único modo de provisión de mercaderías indispensables, contó con la tácita aquiescencia de las autoridades.

Habiendo sido bastante liberal en un comienzo el comercio entre España e Indias, pronto se vieron dificultades por ataques de enemigos berberiscos y cristianos, por lo que se buscó un régimen más protegido de transporte de mercaderías desde y hacia las Indias ; como fue el sistema de flota y de galeones. En 1543 se dispuso que todas las naves que quisieran hacer viajes a Indias lo hicieran en convoy o en conserva, navegando todas juntas y custodiadas por naves de guerra.¹⁸

La encargada de todo el sistema de comercio fue la Casa de Contratación, creada por real cédula del 20 de enero de 1503 en la ciudad de Sevilla.

Ninguna nave podía dirigirse a Indias sin que previamente hubiera sido examinada en cuanto a sus seguridad, firmeza y porte –no podían ser inferiores a 300 toneladas– por un oficial de la Casa de Contratación acompañado del capitán general de la flota (Rec. Ind. 8, 30, 3 y 5).¹⁹

Con el objeto de impulsar el tráfico marítimo se crean en América los Tribunales del Consulado, estableciéndose los primeros en los centros comerciales de mayor relevancia, a saber: Lima y México. Solo en el siglo XVIII se van a extender, los anteriores tribunales, a otros lugares, así tenemos por ejemplo el Tribunal del Consulado de Chile (1795). Los anteriores tribunales tuvieron competencia para conocer de todos los asuntos jurisdiccionales relacionados con el comercio marítimo y también de lo relacionado con las averías según consta en la Rec. de Ind. 9,46,28.

Los pleitos debían ser tramitados y fallados de acuerdo a las propias ordenanzas de cada Consulado, las de Bilbao de 1737 (desde que se dispuso su aplicación en Indias), las de los Consulados de Burgos y Sevilla y la restante legislación en cuanto resultare aplicable.²⁰

¹⁸ Dougnac Rodríguez, Antonio. Manual de Historia del Derecho Indiano. McGraw-Hill Interamericana Editores, México D.F. 1998, página 318.

¹⁹ Dougnac Rodríguez, Antonio. Manual de Historia del Derecho Indiano. McGraw-Hill Interamericana Editores, México D.F. 1998, página 320.

²⁰ Dougnac Rodríguez, Antonio. Manual de Historia del Derecho Indiano. McGraw-Hill Interamericana Editores, México D.F. 1998, página 323.

Dichas Ordenanzas en el capítulo XX tratan específicamente de las averías, y enuncian en el párrafo VIII el concepto de avería gruesa:

"... es aquella que se origina de los medios que se interponen para librar al navío y su carga del naufragio, como cuando se arrojan al mar algunos géneros, mercaderías ó efectos y bote, ó cuando se abandonan ó cortan áncoras, cables, mastes, maniobras, cordages, velas y otros cualesquiera aparejos de la embarcación".²¹

En general todos los números siguientes hasta completar el capítulo no hacen otra cosa que establecer los casos de avería gruesa y seguir en forma similar al título del Digesto que regula esta materia.

Así por ejemplo:

I) Párrafo IX;

"Tambien es avería gruesa el ajuste que un navío marchante encontrando con corsario hiciere por rescatarse, sea para pagar en dinero ó bien para entregar mercaderías de la carga, y lo mismo, cuando en tales lances se viese obligado el capitán á pasar á bordo del corsario de dos ó mas de sus marineros por via de rehenes, los gastos que estos hicieren hasta restituirse á sus casas, y los sueldos devengados si los ganaren".²²

II) Párrafo XIII;

"Tambien es tal avería gruesa el daño originado de echazon que se haga á fuerza de temporal, de alguna parte de la carga, como por ejemplo; si en lance semejante se ofreciese sacar barriquería ú otra cosa de licor, y recibiendo esta algun golpe y rompiéndose, se derramase lo que encerraba sobre las demas mercaderías que quedaren; y consiguientemente lo será, si al sacar algun fardo de peso cayese sobre barriquería, tambien de licor y por ello se derramase".²³

III) Párrafo XIV;

"Si acaeciese que llegando un navío á la vista de algun puerto con deseo de tomarle por causa de temporal, ó sin él, ó bien á la de su destino, y que para la entrada se viese precisado á descargar á otro barco parte de su

²¹ Párrafo vinculado a D.14.2.3, específicamente "... ú otro instrumento de la nave se arrojó al mar...".

²² Párrafo vinculado a D.14.2.2.3, específicamente "... si se rescato de los piratas la nave..."

²³ Párrafo vinculado a D.14.2.2.2, específicamente "... y por haberse levantado una gran tempestad, hubo necesidad de arrojar al mar algunas cosas ...".

carga para alijarle, y sucediese perderse despues el tal barco; para en este caso se ordena y se declara que todo el valor de los efectos perdidos en él deberá entrar en avería gruesa, y que la pagarán los demás géneros que se hubieren salvado en dicho navío alijado, cuyo valor y flete entrarán tambien á la prorrata de ella: y al contrario, si sucediese que tal barco ó embarcacion á que se pasaron dichos efectos se salvaré, y el dicho navío alijado se perdiere, no deberá lo salvado entrar á contribuir á dicha avería gruesa, sí solo á los cortos gastos del fletamento de dicho barco salvado, y el flete correspondiente al navío perdido; y perdiéndose ambas embarcaciones, y recuperándose despues algunas de las mercaderías que habían quedado en el navío, se ordena tambien que de estas no se deberá resarcir el daño de las que en dicho barco perecieron; porque el evento ó causa por que fue hecha la traslacion no se consiguió".²⁴

Las Ordenanzas de Bilbao en este punto agregan un tercer caso, esto es, cuando el navío y el barco perecen.

V) Párrafo XVI;

"Habiendo en la navegacion precisa echazon de algunas mercaderías, hecha con el fin y por el cuidado de salvar otras, si despues se perdiere no obstante el navio en la costa; en este caso se ordena y declara que lo que de esta pérdida se pudiere salvar y coger en la costa ó parage de ella, haya de pagar el valor de lo que se echó ántes á la mar, entrando aquello en avería, igualmente que el daño y gastos que hubiere tenido lo salvado, arreglándose como avería, á proporcion del valor de cada cosa, así echada como salvada".²⁵

VI) Por último, en su párrafo XVIII;

"En la misma forma se declara y deberá tenerse por avería gruesa el gasto hecho en curacion de heridas, que en defensa contra piratas, corsarios, y de otra manera que mire á preservar navío y carga, resultaren al equipage en su viage; y por consiguiente, lo que en caso de muerte de algunos y salvamento del navío se aplicare á su viuda ó hijos".²⁶

²⁴ Párrafo vinculado a D.14.2.4, específicamente "... se pasaron las mercancías á un esquite, y este se sumergió..." ; "... al contrario, si se salvó el esquite como parte de las mercancías y perece la nave..."

²⁵ Párrafo vinculado a D.14.2.4., específicamente "... estas se deberán computar con las que se echaron al mar cuando se navegaba..."

²⁶ Párrafo vinculado a D.14.2.3

VII

Con lo anterior queda demostrado –de alguna manera– lo insinuado al principio de este artículo, en el sentido de que esta institución del alijo, que en el lenguaje de los comerciantes se traduce como avería –por el influjo árabe– pervive en el tiempo, pues las Ordenanzas de Bilbao son la principal fuente de inspiración de don Gabriel Ocampo –autor del Código de Comercio chileno– y no solo se reflejan en el derecho nacional chileno sino también en el ámbito del Derecho Internacional, y se plasman en las Reglas de York y de Amberes de 1974, cuya redacción vigente fue patrocinada por el Comité Marítimo Internacional.

VIII

La empresa colombina se visualizó –desde sus comienzos– como un esfuerzo comercial que buscaba una nueva ruta marítima hacia los países asiáticos. Esfuerzo visionario, si consideramos entre otras muchas cosas, lo que tres siglos más tarde se consagrara en un fragmento del acta de restablecimiento del Consulado en Santiago de Chile, el 24 de agosto de 1824:

“... Es una desgracia que no este suficientemente generalizado el principio de que el comercio hace al hombre rico, sociable y feliz; que es el vehículo de la ilustración de los Estados y la vase segura de su engrandesimiento; que destierra el oscio, y estimula a amar el trabajo, y que mejora las costumbres y suavisa el carácter duro del hombre ...”

IX

En el estudio del Derecho Indiano, no basta sólo con destacar lo “nuevo” de este Derecho, en relación al modelo de tradición romano canónica, no es suficiente –tampoco– destacar “esa peculiaridad de lo americano” que tanto apporto a occidente; para un mejor y más completo estudio del Derecho Indiano, es igualmente importante comprender el conocimiento de aquellas instituciones y principios que, provenientes del *Ius Comune* y del Derecho Castellano, se aplicaron en América.



Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público

Gustavo Cuevas Farren

Profesor Titular de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Director Escuela de Derecho

UNIVERSIDAD MAYOR - SEDE TEMUCO

La reforma al procedimiento penal, próxima a implementarse, y dentro de ella el establecimiento de un nuevo órgano llamado Ministerio Público, hizo exigible, como consecuencia necesaria, una reforma a la Constitución Política del Estado, tal como se desprende del propio Mensaje Presidencial número 98-334, del 15 de noviembre de 1996, en el que además se puntualiza lo siguiente:

- 1°. Que el Ministerio Público es el complemento necesario e indispensable del proyecto de ley que aprueba el nuevo Código de Procedimiento Penal;
- 2°. Que dicho órgano representa el soporte a partir del cual se estructurará un auténtico sistema acusatorio, y
- 3°. Que el Ministerio Público actuará en representación de los intereses de la comunidad, investigando el delito y representando también los derechos de la víctima del mismo.

I. Necesidad de una reforma constitucional

De ahí que conviene a estas reflexiones en torno al Ministerio Público –en su dimensión de alcances, fines y contenidos– y sobre la reforma constitucional que este proceso involucra, referirnos en primer término a la necesidad de tal reforma. Señalaremos, para comenzar, que la misma se justifica plenamente, por cuanto determinadas atribuciones de los tribunales ordinarios pasarán al Ministerio Público, por lo que además con esta reforma implícitamente se produce una redefinición de la noción misma de “jurisdicción” (o lo menos en su acepción corriente y tradicional entre nosotros).

En segundo término, la mencionada reforma a la Carta Fundamental también se justifica, por cuanto existe la necesidad de asegurar la autonomía

futura del Ministerio Público, desde que sin ella dicho órgano se desvirtuaría o no podría cumplir con sus roles, siendo por tanto indispensable consagrar esta autonomía en el nivel constitucional; y lo cual, adicionalmente, fortalece la legitimidad de este nuevo órgano, sobre el cual no se ha formado aún un criterio u opinión entre los profesionales y magistrados vinculados con sus tareas.

Por otra parte, la creación de una nueva estructura en la que se radique la función de investigar y acusar es también una exigencia derivada de la existencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos que aseguran la imparcialidad del tribunal encargado de juzgar en materia penal, y por tanto reiteremos que se optó por incorporar un nuevo capítulo a la Constitución Política del Estado con la finalidad de resaltar la autonomía que se confiere al Ministerio Público, asegurando de paso la plena objetividad del juez encargado de sentenciar en el proceso penal.

II. Disposiciones constitucionales y legales relativas a la naturaleza y funciones del Ministerio Público

En el orden de ideas precedente, resulta útil conocer el sentido y alcance de las mencionadas disposiciones.

1. Carácter

1.1. Se trata de un organismo autónomo y jerarquizado, que no cumple funciones jurisdiccionales, y al cual se le confía el monopolio de la investigación de los hechos constitutivos de delitos de acción pública con la finalidad de poder introducir un nuevo proceso penal de perfil acusatorio. (Constitución Política y Ley Orgánica Constitucional).

1.1.1. Cabe hacer presente, como orientación general, que al Ministerio Público le serán aplicables los principios fundamentales que deben regir para todos los órganos del Estado, pertenezcan o no a la Administración Pública.

El Congreso Nacional optó por dejarlo como un organismo autónomo en el mismo sentido del Tribunal Constitucional, y no de la Contraloría General de la República o del Banco Central, que son organismos que pertenecen a la Administración del Estado. En cambio, el Tribunal Constitucional tiene la característica de ser independiente de todo otro poder del Estado, que es la que se repite, institucionalmente, en el Ministerio Público.

En otros términos, la idea es que el Ministerio Público sea un órgano que, aunque participe de la personalidad jurídica del Estado, se ubique dentro

de aquellos de carácter autónomo creados por la Constitución Política de 1980, para el cumplimiento de funciones determinadas, siéndole aplicables los principios comunes a todos ellos, como el de responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones del Ministerio Público; el de eficacia, eficiencia, coordinación y agilidad procedimental; el de control, el de probidad, transparencia y publicidad; el de igual admisión a los cargos públicos, y el de responsabilidad de sus fiscales y funcionarios.

1.1.2. Por otra parte, en informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados se asegura que el ejercicio de la instrucción en materia penal no tiene un carácter jurisdiccional, por lo que es perfectamente constitucional encomendar la actividad persecutoria penal a un órgano del Estado distinto del poder jurisdiccional. Se añade en el informe que la facultad que tienen los tribunales de “conocer” de las causas criminales no se refiere a la instrucción, y tampoco se refiere a ella el vocablo “juzgar”.

1.1.3. A mayor abundamiento, confirma y refuerza la autonomía del Ministerio Público el hecho de contemplarse una inhabilidad especial que afecta a los integrantes o pensionados del poder judicial impidiendo que sean nombrados en el cargo de fiscal, tal como lo establece el artículo 80 E de la Constitución en su inciso primero parte final, que señala a la letra: “No podrán integrar las quinas y ternas los miembros activos o pensionados del Poder Judicial”.

2. Funciones

2.1. La principal función del organismo, que se cumple a través de los fiscales, es “dirigir” la investigación de los hechos constitutivos de delito y, en caso de comprobarse la autoría de ellos, ejercer la acción penal pública ante los tribunales de justicia. Así se desprende de los artículos 80 letra A de la Constitución Política y 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley Orgánica Constitucional, principalmente.

Sobre esta importante función, es necesario tener presente los siguientes aspectos principales:

2.1.1. La investigación misma no debe sujetarse a un procedimiento rígido, debiendo seguir únicamente criterios de objetividad y eficiencia, y velando en especial por la correcta aplicación de la ley.

2.1.2. Es importante tener presente que durante la tramitación del proyecto se dejó constancia expresa de que “las atribuciones que la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional entreguen al Ministerio Público en

razón de su función investigadora, no importan de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de la inocencia: no es el investigado quien debe acreditar que no le cabe responsabilidad penal, sino el fiscal quien debe probar lo contrario, si es el caso" (Informe Comisión de Constitución del Senado).

Tal principio encuentra implícita vigencia en el articulado de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640, aplicable a la actuación de los fiscales, como por ejemplo el artículo 3°, que señala: "En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen."

2.1.3. La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella. El Ministerio Público adoptará las medidas administrativas tendientes a asegurar el adecuado acceso a los fiscales por parte de cualquier interesado, con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal (Artículo 8°, incisos segundo y tercero).

Cabe hacer presente que la letra g) del artículo 32 señala que corresponderá al fiscal nacional disponer las medidas que faciliten y aseguren el acceso expedito a la fiscalía regional y a las fiscalías locales, así como la debida atención de las víctimas y demás intervinientes.

A su vez los actos administrativos del Ministerio Público son públicos así como los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Con todo, se podrá denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos en virtud de las causales que se indican en el artículo 8°, una de las cuales es la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias. (Artículo 8°, incisos cuarto y quinto de la LOC N° 19.640).

2.1.4. Por otra parte, según lo dispone el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional en referencia, los fiscales requerirán contar con una previa autorización del Juez de Control para realizar actuaciones que "priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o los restrinjan o perturben".

Según la citada Ley Orgánica Constitucional, podría afectar la responsabilidad funcionaria de los fiscales el llevar a cabo dichas actuaciones sin con-



tar con la correspondiente autorización. Por su lado, el artículo 80 A) de la Constitución reitera la exigencia de autorización previa en los casos bajo análisis, disponiendo asimismo que las fuerzas de orden y seguridad, antes de cumplir una orden del fiscal, podrán requerir la exhibición de la autorización de que se trata.

Por lo demás, esta disposición constitucional es armónica con lo preceptuado por el N° 26 del artículo 19 de la misma, cuyo entendimiento en este sentido ha sido confirmado en sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción.

2.1.5. Acerca del deber de investigar que pesa sobre el Ministerio Público, también se debe tener presente que en ciertos casos los fiscales pueden abstenerse de investigar un hecho aparentemente delictual.

Es así que, por el principio de oportunidad, se da al Ministerio Público la responsabilidad de no investigar un hecho, no obstante su propia convicción de que el hecho sea delictuoso; lo cual está muy lejos de fomentar la impunidad, ya que está exclusivamente reservado a los delitos cuya penalidad no exceda de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días); es decir, a delitos que no tienen verdaderamente peligrosidad social importante, pero que, sin embargo, atiborran las secretarías judiciales.

Asimismo, puede también no investigar aquellos hechos que no sean delitos o en los que la acción penal está extinguida. Y por último, puede disponer el archivo provisional de un caso.

Existe una gran cantidad de delitos que llegan al sistema y que no tienen posibilidad de ser aclarados. La idea es que en estas situaciones el fiscal pueda archivar el caso y, eventualmente, permitir que pase a una especie de servicio de inteligencia, el que los acumule junto con otros y reúna componentes de distintas denuncias similares, las cuales den lugar, posteriormente, a un proceso más complejo.

2.2. El ejercicio de la acción penal, en su caso, corresponde a la segunda de las funciones esenciales del organismo. Se admite igualmente que la víctima pueda también ejercer la correspondiente acción penal, estimándose que este derecho que se concede al afectado es una concreción de las garantías de orden procesal que asegura el N° 3 del artículo 19 de la Constitución.

En todo caso, el inciso final del artículo 8° de la referida Ley Orgánica Constitucional establece que el ejercicio de la acción penal pública se registrará por la ley procesal penal.

2.3. La tercera de las funciones principales del Ministerio Público es la protección de la víctima y de los testigos, tarea consagrada en la Constitución y reiterada en la Ley Orgánica Constitucional; e incluso los artículos 20 y 34 de esta la Ley Orgánica Constitucional contemplan la existencia, a nivel de la Fiscalía Nacional y de las Fiscalías Regionales, respectivamente, de una División de Atención a las víctimas y testigos, la "que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la Ley Procesal Penal".

3. Organización interna

3.1. El Ministerio Público se organizará en una Fiscalía Nacional, cuya sede estará en la ciudad de Santiago, y en Fiscalías Regionales, las que tendrán su sede en la capital regional respectiva.

En la Región Metropolitana, la sede y la distribución territorial serán determinadas por el Fiscal Nacional.

Por su parte, los artículos 20 y 34 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público contemplan diversas unidades administrativas que servirán de apoyo a la gestión principal realizada por los fiscales; cada una de ellas tendrá un jefe, existiendo igualmente un Director Ejecutivo Nacional y Directores Ejecutivos Regionales encargados de organizar y supervisar, en sus respectivas áreas geográficas, el funcionamiento de las mencionadas unidades administrativas.

Todos estos funcionarios serán de la exclusiva confianza del Fiscal Nacional o del Fiscal Regional en su caso.

3.2. Se debe tener presente, asimismo, que se faculta al Fiscal Nacional para crear unidades especializadas que colaboren con los fiscales a cargo de la investigación de determinados delitos, las que serán dirigidas por un Director designado por el Fiscal Nacional previa audiencia del Consejo General, que es, a su vez, un órgano de apoyo y consultivo del Fiscal Nacional integrado por el propio Fiscal Nacional y por los Fiscales Regionales.

Durante el estudio de la Ley Orgánica Constitucional se explicó que estas unidades están concebidas como estructuras de apoyo a una investigación dirigidas por un fiscal adjunto, y no como unidades operativas que eventualmente pudieran reemplazar al fiscal. En este sentido, la unidad podrá desarrollar su cometido en todo el territorio nacional, de acuerdo a las exigencias particulares de cada caso.

Finalmente en el Título VI de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se considera una planta de cargos administrativos, cuyos niveles, situación estatutaria y remuneraciones se regulan en los distintos párrafos de ese Título.

3.3. Como lo señalamos, se establece un Consejo General, órgano de apoyo y consultivo integrado por el Fiscal Nacional y por los Fiscales Regionales.

4. Fiscales

4.1. El Fiscal Nacional es el jefe superior del Ministerio Público y responsable de su funcionamiento.

Ejercerá sus atribuciones personalmente o a través de los distintos órganos de la institución, en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional tantas veces citada.

Se regulan, igualmente, los requisitos y forma de nombramiento del Fiscal Nacional, y el procedimiento para su remoción. Se debe consignar que el Congreso Nacional optó por no contemplar la posibilidad de renuncia de este alto funcionario, con el objeto de que ese cargo sea irrenunciable.

Sin duda por su importancia es que detalladamente se enumeran las atribuciones del Fiscal Nacional, todas las cuales enfatizan y confirman su carácter de Jefe Superior de este órgano del Estado. Así, fijará los criterios de actuación del Ministerio Público y dictará las instrucciones generales para la realización de la tarea investigativa que compete a este órgano.

Igualmente, le corresponde nombrar y solicitar la remoción de los Fiscales Regionales, así como otras funciones de jefatura con respecto al resto del personal del Ministerio Público. Es de destacar, asimismo, que el Fiscal Nacional podrá dictar los reglamentos que correspondan en ejercicio de la superintendencia directiva, correccional y económica que el artículo 80 G de la Constitución Política de la República le otorga.

Por último, la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640, dispone en su artículo 1°, primer inciso, que en el mes de abril de cada año este funcionario deberá rendir cuenta de las actividades del Ministerio Público, lo que hará en audiencia pública.

4.2. Con respecto a los Fiscales Regionales, a ellos les corresponde el ejercicio de las funciones y atribuciones de este órgano, en la región o extensión geográfica de la región que corresponda a la fiscalía a su cargo, por

sí o por medio de los fiscales adjuntos que se encuentren bajo su dependencia. En esta virtud, el Fiscal Regional tendrá la supervisión administrativa de la Fiscalía Regional y de las fiscalías locales que de ella dependan; velará por el eficaz desempeño del personal a su cargo y por la adecuada administración del presupuesto, y comunicará al Fiscal Nacional las necesidades presupuestarias de la fiscalía regional y de las fiscalías locales dependientes de ella.

4.3. En cuanto a los fiscales adjuntos, y como se dejó constancia en la comisión especializada del Senado, les corresponderá ejercer funciones y atribuciones de carácter operativo, es decir, las relativas a la conducción de la investigación, y no aquellas de carácter administrativo, referidas a la dirección de las fiscalías.

5. Otros aspectos relevantes

La Ley Orgánica Constitucional N° 19.640 regula con precisión lo relativo a la responsabilidad de los fiscales, afectos a la responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones (salvo el Fiscal Nacional, que no tiene responsabilidad disciplinaria según se acredita con la historia del proyecto)

Se regula, asimismo, lo referente a las causales de inhabilitación de los fiscales, todo ello con la finalidad de asegurar la transparencia e imparcialidad de la investigación. En el mismo sentido se establecen disposiciones sobre incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que pueden afectar a los fiscales, disponiéndose al efecto que los fiscales deberán abstenerse de emitir opiniones acerca de los casos que tuvieran a su cargo.

Se consagra además que las funciones de los fiscales del Ministerio Público son de dedicación exclusiva, e incompatibles con toda otra función o empleo remunerado con fondos públicos o privados, a excepción de los cargos docentes en la forma que se indica en el artículo 62 de la L.O.C., esto es, hasta por “un máximo de seis horas semanales, en cuyo caso deberán prolongar su jornada para compensar las horas que no hayan podido trabajar por causa del desempeño de los empleos compatibles”.

En general, la L.O.C. del Ministerio Público se ha cuidado de establecer un riguroso sistema de control de la gestión encargada a los fiscales, complementado éste con las normas constitucionales sobre remoción del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales (Art.80 G), todo lo cual tiende a asegurar la idoneidad y eficiencia en el ejercicio de las funciones encomendadas a este órgano constitucional.

6. Vigencia de las normas que autorizan al Ministerio Público para ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y a los testigos

El artículo 4° Transitorio de la L.O.C. N° 19.640, que fue acordado en Comisión Mixta, dispone que las normas que autorizan al Ministerio Público para ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y los testigos entrarán en vigencia con la gradualidad que se indica a continuación, plazos que se contarán a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial de la presente ley:

- IV y IX Regiones: 14 meses,
- II, III y VII Regiones 24 meses,
- Región Metropolitana: 36 meses, y,
- I, V, VI, VIII, X, XI y XII Regiones: 48 meses.



Dentro de los plazos indicados, se conformarán gradualmente las Fiscalías Regionales, de acuerdo con los recursos que se aprueben en las respectivas Leyes de Presupuesto del Sector Público.

III. Comentarios finales

1. Es posible visualizar hacia el futuro eventuales conflictos que pueden presentarse entre los fiscales y los jueces de control, toda vez que éstos deben autorizar previamente las actuaciones del Ministerio Público que priven al imputado o a terceros de los derechos que la Constitución asegura, o los restrinjan o perturben, según se ha visto. Este conflicto de atribuciones se puede suscitar si el fiscal no considera que su actuación amague algún derecho constitucional, y el juez estime lo contrario. Un conflicto semejante puede producirse entre la policía y los fiscales, si aquélla considera necesario una autorización judicial previa y los fiscales estiman lo contrario.

Estos potenciales conflictos no están regulados en la Constitución Política y tampoco en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, por lo que cabe presumir que su precisa regulación ha sido confiada al futuro Código de Procedimiento Penal.

Es de desear que estas futuras normas aseguren una fórmula confiable y expedita para la resolución de estas controversias, las que por su carácter podrían entorpecer seriamente el desarrollo de la investigación criminal. Además, como esta situación compromete la responsabilidad de los fiscales, según lo dispone la Ley Orgánica Constitucional en referencia, es de temer que los fiscales recaben con exceso la intervención del juez de con-

trol, resintiéndose en su celeridad el proceso investigativo, a menos que la delimitación de responsabilidades aparezca claramente establecida en el futuro Código de Procedimiento Penal.

2. Con respecto al denominado “principio de oportunidad”, también cabe hacer una reflexión crítica. En efecto, su aplicación por los fiscales puede entrar en pugna con el principio de igualdad ante la ley consagrado en la Carta Fundamental.

Desde hace ya varias décadas la igualdad se entiende como igualdad justa. De acuerdo con ella, hay que tratar de igual manera a quienes son iguales y de distinta manera a quienes son desiguales.

Como se ha dicho por la jurisprudencia, todos quienes se encuentran en una misma situación fáctica deben tener idéntico tratamiento y ser considerados bajo un mismo espectro jurídico; y son precisamente los órganos del Estado los que tienen la obligación primordial de velar por que ello sea así.

Y ¿con qué nos encontramos en este caso? Con el hecho de que personas diferentes que han cometido delitos semejantes puedan recibir un trato diverso; trato diverso que se les daría no en consideración al actuar de cada una de ellas, sino que a las distintas consecuencias que de su acción han derivado.

Si se trata de hechos insignificantes que, por tal motivo, no han comprometido gravemente el interés público, el Estado renuncia a aplicarles la sanción que merecen. Pero si se trata de un hecho delictual que sí ha comprometido gravemente el interés público, se les aplicará todo el rigor de la ley.

Estamos en presencia –es necesario recordarlo– de hechos que el Estado, por considerar que afectan valores esenciales de la convivencia colectiva, los sanciona como delitos. No obstante lo anterior, por razones extrínsecas e independientes de la acción en sí misma, en un caso sus responsables son castigados y en otro no. ¿Dónde queda lo de dar a cada uno lo suyo?

Y eso sin entrar a comparar la situación de quienes están en las circunstancias descritas por la norma y de quienes no lo están, evento en que la conclusión ha de ser la misma.

Resulta evidente, a estas alturas, que una norma de esta naturaleza viola el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política.

Al respecto, no está de más recordar las afirmaciones de Fernández Concha, quien al aludir a la igualdad en la aplicación de las penas sostenía que "la ley no debe hacer acepción de personas, y, por tanto, tiene que imponer igual castigo a todos los responsables de faltas iguales".

Pero de lo anterior, según su opinión, no se deduce que la pena haya de ser una misma para todos, pues esto, en vez de igualdad en el castigo, puede traer suma desigualdad. Así una multa, al paso que para un pobre podría ser gran pena, podría no ser absolutamente ninguna para un rico; del propio modo el destierro, que sería una ruina para el que vive de la profesión de algún arte o facultad, para el acaudalado sería tal vez ocasión para un viaje de recreo, etc. Afirmaba que la pena debe ser igual en la cantidad; es decir: a todos los responsables de una misma culpa, cualquiera que sea su categoría, se ha de imponer un mismo tanto de mal o de privación de bien. Mas puede ser desigual en la calidad, y a veces es preciso que lo sea, a fin de que se acomode a las condiciones personales de los delincuentes, a su fortuna, su profesión, su posición social, etc., y produzca igual grado de sufrimiento en todos los responsables de un mismo delito.

La mercantilización del daño moral



José Pablo Vergara Bezanilla

Abogado

Estamos asistiendo al inquietante fenómeno de la mercantilización del daño moral. Las desmedidas indemnizaciones que, en forma creciente, reclaman los demandantes ante los tribunales de justicia, especialmente en contra del Estado, elevándolas, con impresionante uniformidad, no sólo a una o más decenas de millones, sino que a varias centenas o miles de millones de pesos, son una demostración palpable de esa tendencia a la especulación. La indemnización se está transformando, así, en un objeto mercantil, sometido al espíritu de lucro que es propio de la actividad comercial.

Piensen los demandantes –y no siempre sin razón– que los tribunales se sentirán inclinados a concederles un porcentaje de lo que cobran. Por eso, no vacilan en elevar sus pretensiones a cifras fuera de toda realidad. La audacia juega un rol importante en el resultado y la indemnización pasa a constituirse en una fuente de lucro o ganancia, que excede los límites de lo que, jurídica y racionalmente, debe ser una reparación. Poco importa especular con la desgracia. La sociedad, conmovida por el infortunio, ampara al especulador. Los que así proceden suelen tener éxito, dependiendo éste también de la mayor o menor capacidad de dramatizar el daño y sus efectos que tenga el redactor de la demanda o los testigos que depongan en el juicio por el actor.

Pareciera que la ley sociológica de los extremos ha realizado aquí, también, su obra. De la no muy lejana tendencia a rechazar la indemnización del daño moral, se ha pasado a la exageración actual de reclamarla y concederla sin moderación ni prudencia, con una ilimitada discrecionalidad, no reconocida ni otorgada por precepto legal alguno

Causas del fenómeno

Intentaremos, a continuación, señalar, a grandes rasgos, las causas que, según creemos, están contribuyendo a la producción del fenómeno mencionado.

La cultura del enriquecimiento fácil

Una de esas causas es, sin duda, la cultura de la ganancia fácil o del exagerado culto al dinero que, lamentablemente, domina en la sociedad actual. Con tal de obtener mayores ingresos o ganancias, no se trepida en los medios. Poco importa que la indemnización demandada sea exorbitante: hay que aprovechar la oportunidad para sacar de ella el mayor provecho posible, aunque se la desvíe de su finalidad natural y de su razón de ser. Como si el dinero fuera el universal dispensador de la felicidad.

La errónea concepción práctica del daño moral

Contribuye, también, al mismo fenómeno el concepto que suele asignarse al daño moral. Se dice que éste consiste en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona como consecuencia de la conducta ajena. Se pone el acento en el sufrimiento o dolor y a éste se le asigna un precio: "*pretium doloris*", como si el dolor y el sufrimiento fueran la causa del daño, y no lo que realmente son, esto es, la consecuencia o el efecto de la injuria o lesión que se ha inferido a los derechos extrapatrimoniales de la persona.

Esta concepción, por su vaguedad, abre amplio campo a toda clase de pretensiones desmedidas, puesto que a cualquier molestia o pesar se le atribuye el carácter de daño moral indemnizable, como si no fuera inherente a la vida humana el experimentar, a menudo, tales pesares o molestias. Por otra parte, no hay ninguna claridad sobre los criterios o padrones que permitan medir cualitativa y cuantitativamente el dolor experimentado. ¿Existe éste, en qué medida ha afectado al sujeto, cuánto durará? Es imposible determinarlo. Ello es esencialmente subjetivo, ya que cada persona tiene una reacción distinta ante el dolor. No existe ni se ha inventado aun "el dolorómetro", decía con ironía y a la vez con realismo un jurista argentino; y por ello todo queda en el terreno de la apreciación arbitraria, inaceptable como criterio de valoración jurídica.

El dolor moral, como el físico, es superable. Se ha dicho que, incluso, puede convertirse "en un camino de crecimiento y desarrollo y en una experiencia enriquecedora de la propia vida". "Ni el dolor ni el sufrimiento se oponen a la felicidad. Por el contrario, más bien ésta los supone, ya que es en el vencimiento de la desdicha donde se conquista la felicidad". Esta, "en el fondo, es una actitud ante la vida que se caracteriza, precisamente, por la capacidad de superar lo precario y la vulnerabilidad inevitable de la existencia".¹

¹ Sergio Peña y Lillo. "*El temor y la felicidad*", Ed. Universitaria, Santiago, 1989.

Todo esto demuestra la insuficiencia de la concepción del daño moral basada en la idea del dolor, pesar o molestia, y lo poco consistente que ella resulta ante el derecho para fundar la responsabilidad civil y consiguientemente para erigirse en fuente de la obligación de indemnizar.

El concepto jurídico

Cabe, entonces, preguntarse en qué consiste el daño moral. No es ésta, ciertamente, una tarea sencilla, por los distintos criterios y vacilaciones que muestra al respecto la doctrina.

Con todo, hay que considerar, como punto de partida, que, a diferencia del daño material, que se refiere a la lesión o detrimento inferido a un bien con significado económico o pecuniario y que, por tanto, afecta al patrimonio del que lo sufre, el daño moral existe cuando el bien lesionado es de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial y por lo mismo, no apreciable en dinero. Al decir de Lalou, la distinción entre el daño material y el daño moral corresponde a la gran división de los derechos en patrimoniales (derechos reales y personales) y extrapatrimoniales (derechos de la personalidad y de familia).² Así lo afirma, también, Fueyo: "Los derechos son patrimoniales o extrapatrimoniales; de la agresión a estos últimos, que constituyen el bien jurídico protegido, nace el daño extrapatrimonial que deberá repararse. De este modo entiendo este punto en forma simple. A la vez queda descartado el fundamento del "*doloris pretium*" o "precio del dolor"... Además, en lo extrapatrimonial cabe la agresión a la persona física o psíquica en sentido amplio".³

En consecuencia, el daño moral se caracteriza por atacar contra los derechos de la personalidad y contra los no patrimoniales de familia, lo que significa que él consiste en la lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, estabilidad y unidad familiar, esto es, en general, en los atributos o cualidades morales de la persona, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia.

No puede considerarse, entonces, que el dolor o el sufrimiento constituyan por sí solos un daño moral, si no van unidos al detrimento, real y probado, de alguno de aquellos atributos o derechos inherentes a la personalidad.

² Cit. por H. y L. Mazeaud y A. Tunc, en "*Tratado de la responsabilidad civil delictual y contractual*", tomo 1°, Vol. 1°, B. Aires, 1961, pág. 425.

³ Fernando Fueyo Laneri. "*Instituciones de Derecho Civil Moderno*", Ed. Jur., 1990, pág. 52.

De aquí que, contrariamente a lo que suele afirmarse, el solo detrimento, merma o pérdida de bienes o intereses pecuniarios o materiales –como ocurre generalmente tratándose de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación de origen contractual o legal– no constituye daño moral, aunque pueda causar sufrimientos o pesares, ya que la lesión o deterioro patrimonial no afecta a los atributos o cualidades de las personas. Por otra parte, como opina Lorenzo de la Maza, “el contrato no es un instrumento de satisfacciones de orden moral o espiritual, sino de creación, circulación y distribución de bienes y servicios”.⁴ De aquí que su infracción sólo se refiera a la esfera económica de la relación jurídica, y en consecuencia sólo puede ser apta para producir daños materiales y no morales. Sin embargo, excepcionalmente, cuando se trata de contratos que, por su naturaleza, impongan la obligación de seguridad de uno de los contratantes, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de transporte de personas, que envuelve la obligación de llevar al pasajero sano y salvo al lugar de su destino, es posible que el incumplimiento de ésta sea fuente de daño moral.

Nos referimos, por cierto, al daño puramente moral o daño moral en sentido estricto, y no al que, con impropiedad, se denomina daño moral con efectos o repercusiones económicas o pecuniarias –como ocurre en el caso de la cónyuge que se ve privada de los recursos que, para su manutención, le proporcionaba la víctima– ya que este último pertenece a la categoría de daño material o patrimonial y no es, por tanto, daño moral.

La prueba del daño moral

El fenómeno de que estamos tratando se ha visto acrecentado, también, por los criterios benévolos y aun extralegales que usualmente se aplican con respecto a la prueba del daño moral. Suele creerse que éste no necesita prueba, atendido que el juez contaría con amplia discrecionalidad para darlo por establecido y apreciarlo. Esta creencia, que obviamente sirve de estímulo al cobro de indemnizaciones improcedentes o desmedidas, carece de asidero. Como ha dicho Fueyo, sobre este punto se “creen dos cosas erróneas: a) que lo discrecional es una simple declaración estimativa, de carácter subjetivo, sin fundamentación alguna, como quien calcula “a ojo de buen cubero”, y b) que este tipo de daño no requiere prueba alguna conducente a señalar de qué modo se produce tal daño extrapatrimonial”.⁵

El mismo Fueyo agrega que “es preciso remarcar insistentemente que todo daño debe probarse, sea patrimonial, sea extrapatrimonial. El método y el

⁴ Lorenzo de la Maza Rivadeneira. “La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15, N° 1, pág. 29, nota 8.

⁵ Fernando Fueyo Laneri, “*Interpretación y Juez*”, Santiago, 1976, pág. 73, nota 116.



objeto sobre que recae la prueba, y su extensión, serán diferentes según la clase de daño; pero ésa es una cuestión aparte y no hace excusable la prueba que se ha de rendir en todo caso"; y que "la necesidad de insistir en lo expresado nace del hecho muy corriente de encontrarnos con la frase siguiente: "el daño moral no requiere prueba; se presume". Es realmente un error grave".⁶

La razón de lo expresado es simple: no existen en nuestro derecho normas especiales sobre la prueba del daño moral y, en consecuencia, rigen sin contrapeso las reglas generales. Es por ello que, en primer lugar, para que el daño moral sea indemnizable, se requiere, como ocurre con todo daño, que sea cierto o real y no meramente hipotético o eventual; y en segundo lugar, tiene también plena aplicación, a su respecto, el principio fundamental del "*onus probandi*", que impone al actor el deber de probar la verdad de sus proposiciones. De aquí que haya que descartar la idea de que el juez pueda suponer el daño moral, como suele ocurrir en la práctica. Es relativamente corriente, en efecto, que algunos tribunales den por establecido el daño moral basándose, para ello, "en los dolores, sufrimientos o molestias que seguramente (o como es de suponer) ha debido padecer la víctima". En esta forma se trasgrede el ya señalado principio fundamental del "*onus probandi*", que obliga a quien demanda indemnización a probar el agravio, la certeza y realidad del mismo, su entidad y magnitud y las consecuencias que de él se han derivado. Se incurre, además, en una suerte de inversión del peso de la prueba, pues se hace recaer en el demandado la prueba del hecho negativo de no haber existido el daño moral; lo que es, también, injusto, ya que normalmente aquel no ha tenido vinculación alguna anterior con el actor y, en consecuencia, ignora las condiciones personales y familiares de éste, haciéndole materialmente imposible controvertir sus pretensiones, aunque los hechos en que éstas se apoyen carezcan de fundamento en la realidad.⁷

Suele acontecer, asimismo, que en los casos de daño moral causado a los parientes se lo dé por establecido sobre la base de suponer, por el solo hecho del vínculo de parentesco, la existencia del afecto y de la unidad familiar entre la víctima y las personas que reclaman la indemnización.

⁶ Fernando Fueyo Laneri, "*Instituciones de Derecho Civil Moderno*", ob. cit., págs. 105 y 106.

⁷ Jorge Peirano Facio, tratadista de conocido prestigio, profesor de la Universidad de Montevideo, en su obra "*Responsabilidad Extracontractual*", refiriéndose al régimen del daño moral, expresa que "no existiendo en la ley ninguna diferenciación especial en lo que se refiere a las categorías de daños patrimoniales y morales, no debería plantearse cuestión atinente a si el daño moral debe mantener un régimen especial". Y agrega que "respecto a estas cuestiones cabe señalar que ellas no ofrecen desde el punto de vista teórico dificultades especiales: el daño moral debe estar sometido a las prescripciones generales relativas al daño en el sentido de su certeza, extensión, etc."; señalando, además, que, incluso, debe también estarlo en lo que se refiere a la prueba (3ª edición, Bogotá, 1981, pág. 399).

Esto es del todo improcedente, ya que tal suposición es ficticia. Como señala Fueyo, en estos casos debe acreditarse la correspondiente relación familiar, la agresión al derecho de familia propiamente tal, y de qué modo dicha agresión fue substantiva y efectiva –no solo presunta– dada la estrecha vinculación que los unía y que se revelaba en forma notoria y pública. “Podría ocurrir, supuestamente –y así sucede a veces–, agrega Fueyo, que la muerte de mi hermano no constituya en verdad un agravio a un sentimiento familiar mío, pues me llevaba mal con él, visiblemente; hasta habíamos tenido frecuentes riñas y aun pleitos escabrosos entre nosotros. Lejos de sentir un agravio, a lo mejor resulta para mí un alivio o solución dicha muerte. ¿Por qué, además, me habrían de pagar por su muerte en tales circunstancias?”.⁸

Tan es así, que el Código Penal describe diversas figuras penales basadas, precisamente, en la deslealtad familiar y en la ruptura de la unidad y del afecto entre parientes (abuso, abandono de los hijos, adulterio, lesiones, parricidio, etc.); y que también las leyes civiles son expresivas en demostrar las desarmonías y rupturas que suelen existir entre cónyuges y entre padres e hijos. Recuérdense las causales de divorcio (malos tratamientos, autoría, instigación o complicidad en la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge, el abandono del hogar, etc.) y las de emancipación judicial (maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño, abandono del hijo, etc.), sin mencionar también las reglas relativas al derecho de alimentos que están basadas en el incumplimiento del deber de socorro entre personas ligadas por vínculos cercanos de parentesco. Todo esto permite afirmar que es tan irreal suponer, a priori, que las relaciones de familia están siempre marcadas por el afecto y la unidad familiar, como suponer lo contrario.

Para la prueba del daño moral es ciertamente legítimo recurrir a las presunciones, a condición de que ellas estén basadas en hechos reales y probados y no en meras suposiciones.⁹ Por consiguiente, la sola conjetura, tan frecuente en la práctica, de que el demandante ha debido padecer un daño moral dadas las circunstancias del hecho o su parentesco con la víctima, no constituye una presunción judicial válida para darlo por establecido. De aquí que, como con razón expresa Fueyo, para acreditar el daño moral por medio de presunciones, éstas “se deducirán por el juez de hechos materiales debidamente acreditados, por los medios legales, en el expediente respectivo, no según deducción en el vacío y discurriendo solo

⁸ Ob cit., pág.107.

⁹ Se ha resuelto, en efecto, que para establecer una presunción judicial se requiere la existencia de un hecho real y debidamente probado, que sirva de base para deducirla. V.gr. Corte Suprema, 24 de junio de 1970, R.D.J., tomo 67, sec. 1a., pág. 219.

en abstracto, al margen de una realidad procesal. Sería como dar por cierto lo que puede ser falso o a lo menos dudoso".¹⁰

Naturaleza de la indemnización

Entre los factores que influyen en la exagerada cuantificación del daño moral, cabe agregar el concepto poco claro o erróneo que se tiene sobre la verdadera naturaleza de la indemnización a que da lugar.

En términos generales, la indemnización de perjuicios tiene por objeto restablecer el equilibrio destruido por el hecho ilícito, otorgando a la víctima un valor equivalente a la cuantía del daño sufrido, para ponerla en el mismo estado que tenía antes del acto dañoso. La indemnización no debe, pues, exceder del monto del perjuicio, esto es, no puede ser fuente de lucro o ganancia para quien la demanda. Si obtiene el reintegro de lo que efectivamente perdió –daño emergente– y de lo que realmente dejó de percibir como consecuencia inmediata o directa del hecho ilícito –lucro cesante–, el patrimonio de la víctima no sufre menoscabo y por tanto el daño desaparece y se satisface plenamente la finalidad de la indemnización.

Cuando se trata del daño material o pecuniario, la aplicación de estos principios no ofrece mayor dificultad, ya que la determinación de los perjuicios puede hacerse con relativa precisión.

No ocurre lo mismo, en cambio, tratándose del daño puramente moral, puesto que, por afectar a bienes extrapatrimoniales o inmateriales, y por lo mismo, no apreciables en dinero, la indemnización no hace desaparecer el daño, ni tampoco lo compensa en términos de poner a la víctima en situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquél.

En consecuencia, el daño moral no se borra por obra de la indemnización. La pérdida o lesión producida por él permanece, a pesar de la indemnización. El dinero no hará desaparecer, por ejemplo, la pérdida de un hijo.

Si a la indemnización del daño moral no cabe atribuir, entonces, un carácter propiamente reparatorio, quiere decir que su función es otra. Está dirigida a dar a quien ha sufrido el daño sólo una satisfacción de reemplazo. Hace ya tiempo que la doctrina se inclina por estimar que esta indemnización es meramente satisfactiva. Así lo señala Louis Josserand¹¹ y lo recono-

¹⁰ Ob cit. (*Instituciones...*), pág. 107

¹¹ En su "*Derecho Civil*", en efecto, expresa este profesor francés: "Si los daños y perjuicios reclamados por los parientes de la víctima de un accidente no son la exacta representación del perjuicio sufrido, son por lo menos su contrapartida aproximada; si no son compensatorios, son satisfactorios, representan el precio del dolor, Schmerzengald, o si se quiere, y para emplear la fórmula del Consejo de Estado, "la perturbación causada en la familia". (tomo II, Vol. I, B. Aires, 1950, N° 442, pág. 331).

cen también Henri y Leon Mazeaud y André Tunc.¹² Fueyo, por su parte, al tratar de la naturaleza de la reparación del daño extrapatrimonial, se expresa así: "Descartemos que sea una reparación compensatoria del modo que se entiende en el derecho patrimonial, pues aquí resulta de partida absurdo compensar, esto es, fijar una medida igual o equivalente, siendo que el daño mismo que ha de indemnizar no es susceptible de medición exacta. En contraposición, se trata simplemente de una indemnización satisfactiva, esto es, que intenta "satisfacer" a la víctima. Tomado este verbo justamente en dos de sus acepciones oficiales, según el Diccionario de la Real Academia Española, resulta lo siguiente: a) "hacer una obra que merezca perdón de la pena debida"; y b) "aquietar y sosegar las pasiones del ánimo".¹³ Y agrega más adelante: "Gracias al dinero, la víctima que lo recibe puede procurarse satisfacciones materiales y espirituales", indicando algunos ejemplos, "como vacaciones, un viaje a lugares que lo atraen, la adquisición de un medio de movilización propio..." y otros semejantes, concluyendo en que todo ello puede crear tranquilidad, bienestar, entretenimiento..., "en una palabra, satisfacciones espirituales hondas".¹⁴ En sentido similar opinan Mazeaud y Tunc, al señalar, como ejemplo de satisfacciones que el dinero puede proporcionar a la víctima, un viaje, distracciones, un enriquecimiento intelectual o artístico, aliviar muchos sufrimientos, atenuar su pena en el consuelo que llevará a niños desventurados, u otras menos abstractas que le producirá cierto consuelo (un aparato de radio, un automóvil).¹⁵

Como se advierte, la indemnización del daño puramente moral no se determina cuantificando, en términos económicos, el valor de la pérdida o lesión experimentada, sino sólo otorgando a la víctima una satisfacción, ayuda o auxilio que le permita atenuar el daño, morigerarlo o hacerlo más soportable, mediante una cantidad de dinero u otro medio, que en su monto o valor sea compatible con esa finalidad meramente satisfactiva. Mazeaud y Tunc señalan, incluso, que existen sentencias de tribunales franceses que han considerado que los jueces tienen siempre libertad para estimar que la condena a un franco, por daños y perjuicios, y a las costas del litigio, es suficiente reparación del daño moral.¹⁶

¹² En su "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", estos profesores de la Facultad de Derecho de París, expresan: "Reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio" (tomo I, Vol I, Buenos Aires, 1961, N° 313, pág. 438).

¹³ Ob. cit. (*Instituciones...*), pág. 110.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 113.

¹⁵ Ob. cit., pág. 439.

¹⁶ Dicen, al respecto, dichos autores: "Cabe, por lo demás, que la concesión de sumas mínimas baste para reparar el daño moral. La condena a un franco, por daños y perjuicios, puede encubrir a veces el rechazamiento de la acción. Pero está lejos de resultar siempre exacto. El franco es, como se ha dicho, "simbólico". Le permite al juez infligirle un mal a una de las partes; le hace



En consecuencia, la actual tendencia a reclamar desmedidas indemnizaciones, que en el hecho, más que dar satisfacciones, significan producir desmesurados incrementos patrimoniales en favor del o de los demandantes, se aparta enteramente de la finalidad meramente satisfactiva que debe tener la indemnización del daño moral; y lo que es más inaceptable, transforma a ésta en una fuente de lucro o ganancia para quien la recibe, lo que es inconciliable, como antes se dijo, con el objeto que están llamadas a cumplir todas las formas de indemnización de perjuicios.

La indemnización no es pena

En estrecha relación con el tema a que se refiere el capítulo anterior, se encuentra la tesis, afortunadamente no muy extendida, pero con frecuencia implícita en el ánimo de los demandantes y aun en el de algunos jueces, de que la indemnización del daño moral constituye una pena.

Tal tesis no tiene ningún fundamento en nuestro ordenamiento jurídico y merece ser desechada por ilegal y regresiva.

Desde luego, con ella se incurre en una manifiesta confusión entre la responsabilidad civil y la penal, ya que la imposición de penas sólo es propia de esta última. La sanción penal persigue el castigo del culpable mediante la aplicación de una pena, en tanto que la sanción civil tiene por objeto exclusivo la indemnización de los daños. El art. 2314 del Código Civil lo precisa claramente al disponer: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". Como se ve, este precepto deja nítidamente establecido que una cosa es la indemnización de perjuicios y otra muy distinta la pena. Si la indemnización se concede sin perjuicio de la pena, es porque ella no constituye una pena.

Afirmar lo contrario significa, pues, transformar la responsabilidad civil en responsabilidad penal, con el agravante de que ello importa una regresión a la época de las penas privadas. Como dice Alessandri, "la pena no es ya el precio o rescate de la venganza que pudo ejercer la víctima, es una medida de defensa social". La indemnización, "que puede existir independientemente de la pena que corresponda al culpable, no tiene el carácter

sufrir a ésta una "condena". Eso es bastante, con mucha frecuencia, para que se encuentre "reparado" el daño moral sufrido por la víctima. Esta, por otra parte, no suele demandar otra cosa. Aun cuando reclamara algo más, los jueces tienen libertad siempre para considerar que la condena a un franco, por daños y perjuicios, y a las costas del litigio, es suficiente; y con frecuencia, al proceder así, evitarán justamente el darle a la condena civil el carácter penal que no debe tener". (Ob. cit., N° 319, pág. 446).

de pena, ni es tampoco el precio de la venganza, es lisa y llanamente una reparación".¹⁷ Más adelante, el mismo autor, refiriéndose a la relación entre la gravedad del hecho y el monto de la reparación, expresa: "El monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho. La culpabilidad del agente no tiene influencia alguna en él: cualquiera que sea, trátese de un delito o cuasidelito, sea la culpa lata, leve o levísima, la reparación no puede aumentarse ni disminuirse en atención a ella. La reparación no es una pena, es el resarcimiento del daño causado y debe ser completa".¹⁸ Y agrega que las sentencias que toman en cuenta la culpabilidad del agente son una manifestación de la tendencia a considerar la reparación en ciertos casos como pena privada.

Por otra parte, si la indemnización de perjuicios fuera una pena, sería una pena que iría en beneficio de la víctima, lo que es totalmente extraño a nuestro ordenamiento jurídico, en el que jamás las sanciones pecuniarias ceden en beneficio particular, salvo en los casos muy excepcionales en que la ley dispone expresamente lo contrario

Cabe señalar, igualmente, que los tribunales civiles no están investidos de un poder de represión que les permita imponer penas; y sería afirmar exactamente lo contrario si se pretendiera dar al juez la facultad de regular el monto de la indemnización considerándola una pena. Aparte de que con ello se le estaría otorgando la potestad de aplicar penas indeterminadas, no establecidas expresamente por la ley.

En resumen, la indemnización de perjuicios no es una sanción penal, sino una sanción civil destinada a satisfacer a la víctima por el daño moral que se le ha inferido, y en consecuencia, no constituye pena, ni puede ser aumentada teniendo en vista la gravedad de la culpa. Es válida, por eso, la advertencia formulada por Alessandri respecto de los factores que el tribunal debe considerar para determinar la indemnización pecuniaria en caso de daño moral: "En todo caso, el juez, al avaluar este daño, debe proceder con prudencia, tanto para evitar los abusos a que esta reparación puede dar origen, cuanto para impedir que se transforme en pena o en un enriquecimiento sin causa para quien la demanda".¹⁹

La influencia foránea

El ejemplo de países altamente desarrollados, cuyos tribunales o jurados suelen acordar suculentas y lucrativas indemnizaciones en las causas por

¹⁷ Arturo Alessandri Rodríguez, "*De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*", Stgo., 1943, N° 62, pág. 101.

¹⁸ Ob. cit., N° 455, 1°, pág. 545.

¹⁹ Ob. cit., N° 473, pág. 565.

daños personales, es otro de los factores que están influyendo en el fenómeno que nos ocupa.

La imitación de tales ejemplos y su consideración como precedentes válidos entre nosotros no se justifica en absoluto, tanto por el elevado nivel de vida y de ingresos existente en esos países, como por la distinta estructura legal que, en algunos de ellos, tiene el régimen indemnizatorio. Así, en ciertos sistemas jurídicos extranjeros, especialmente en los basados en el derecho consuetudinario, como ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica, se contempla la peculiar institución que, en una traducción libre, ha sido denominada "el daño punitivo". Esta clase de indemnización se le da al demandante por sobre el valor efectivo de los daños sufridos, con el propósito de castigar al demandado y enseñarle que no debe volver a actuar de ese modo nuevamente, y para disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado. Ocasionalmente, las decisiones en esta materia también se han fundado en el propósito adicional de reembolsar al demandante respecto de daños que no son legalmente compensables, como sentimientos heridos o los gastos judiciales. Algo más que la mera comisión de un 'tort' es requerida para condenar a pagar daños punitivos. Es necesario que concurren circunstancias agravantes, como malicia, fraude o dolo de parte del demandado, o un deliberado desprecio en los intereses ajenos que hagan que esa conducta pueda ser considerada deliberadamente temeraria o maliciosa. Hay acuerdo en que no basta la mera negligencia..."²⁰ En esta forma se incrementa considerablemente, por vía de pena o de castigo, la indemnización que debe satisfacer el ofensor, lo que explica los elevados montos que, a veces, alcanzan los pagos que ordenan los tribunales de ese país.

De más está decir que ese sistema de reparación es enteramente inaplicable en Chile, porque, como se dijo, los tribunales no pueden imponer penas que no estén expresamente establecidas por la ley, y por las demás razones ya señaladas en el capítulo anterior.

Cabe agregar, sin embargo, que, incluso en aquel país, el referido sistema ha sido objeto de severas críticas, por estimarse que fomenta la cultura del litigio muy difundida en esa sociedad y que estaría bien servida en el régimen judicial norteamericano. Se ha dicho que "el miedo obsesivo a los riesgos, las expectativas crecientes de una vida libre de incomodidades y la atracción que ejerce culpar a otros, ha hecho que los juicios aumenten más rápido que la población en las décadas recientes." Se agrega que el "sistema de otorgar daños punitivos a la vez que daños nominales, com-

²⁰ *Prosser and Keeton on The Law of Torts*. W. Page Keeton. Fifth Edition. West Publishing Co., 1984, página 9)

pensando a la víctima en exceso del daño causado en sí, aumentó considerablemente las apuestas en el juego de la culpa”, y que “de esa manera, el más pequeño desengaño, sea por una calumnia, la pérdida de un empleo, una esposa infiel, una lata de cerveza maloliente, una caída dentro del supermercado, son causas suficientes para reclamar grandes sumas de dinero”. Los críticos manifiestan opiniones tan duras como las siguientes: “Los juicios se han convertido en una alternativa ligeramente más civilizada que alquilar un matón”; “mientras en el pasado los norteamericanos acostumbraban mirar héroes vaqueros en la televisión, haciendo justicia con su revólver, ahora ven programas de televisión donde los abogados ganan juicios en las cortes”; “los juicios son un buen negocio no sólo para los abogados, sino para las víctimas, cuyas nociones de justicia han causado que la marea de juicios triviales escale a nuevas y absurdas alturas”; “es raro encontrar a un médico norteamericano al que no hayan entablado alguna demanda: se estima que entre 70 y 80 por ciento de los obstetras han sido acusados de mala praxis”, etc.²¹ Los ejemplos descritos en la nota puesta al pie son, también, suficientemente expresivos de un estado de cosas que no parece digno de ser imitado.²²

A las causas sucintamente señaladas, podrían, por cierto, agregarse otras que han estimulado la tendencia perversa, o a lo menos errónea, a transformar la indemnización del daño moral en un medio destinado a proporcionar al ofendido incrementos patrimoniales desmedidos e injustificados, desviándola de su finalidad natural y social. Se la está convirtiendo, así, en un instrumento que pierde legitimidad en la medida en que se lo ejerce en forma abusiva. Si la doctrina moderna repudia el enriquecimiento injusto y el abuso del derecho, no se ve la razón por la cual haya que aceptarlos tratándose del resarcimiento del daño moral.

²¹ Ver “*El Miedo de Vivir*”, de Tania Wells, cuya edición en español está publicada por “Fundación Centro de Estudios Valparaíso”, Ed. Trineo S.A., Valparaíso, 1996.

Como ejemplos de patología forense, se citan en ese libro, entre otros, los siguientes:

– un hombre se tiró deliberadamente frente a un tren de un subterráneo neoyorquino, entabla juicio, y gana 650.000 dólares porque el tren no paró para evitar lastimarlo;

– los herederos de un hombre de Massachussets que robó un auto de un estacionamiento e inmediatamente se mató en un accidente, hacen juicio al propietario del establecimiento por no haber evitado el robo del automóvil;

– un hombre entabla juicio por un corte de pelo que, según dice, es tan malo que le causó un ataque de pánico y ansiedad y lo privó de su derecho a disfrutar de la vida;

– un ciclista de 17 años, conduciendo de noche, sin luces, choca contra un vehículo que dobla hacia la izquierda, y recibe heridas de consideración. Demanda al fabricante de la bicicleta por la omisión de equipar la bicicleta con luces o como alternativa, de advertir que no se debe usar la bicicleta por la noche. Un jurado compasivo le concede 7 millones de dólares.

– una mujer entabló una demanda a la Lotería cuando la bolilla con su número salió ganadora y se escurrió del bolillero. Además del dinero del pozo –3 millones de dólares– el jurado le concedió 400.000 dólares en daños y perjuicios por su trauma emocional.

(Ver especialmente el capítulo 5, titulado “La cultura del Litigio”, de la obra citada, de la que han sido tomados los ejemplos transcritos).

²² Me refiero a la nota que precede.

Mitos de la jurisprudencia tributaria



Alejandro Dumay Peña

Abogado

Magister en Derecho Tributario

No siempre compartimos el alcance que nuestro más alto tribunal da, en sus sentencias, a las normas impositivas.

Sin embargo, existen materias o fallos que merecen un comentario especial, atendido que por los términos categóricos de la conclusión del tribunal y lo reiterado del pronunciamiento, la jurisprudencia pareciere establecer un verdadero dogma respecto del sentido o alcance de las disposiciones legales a que se refiere, en circunstancias de que, a nuestro juicio, ellas tienen un significado muy diverso.

Nos referimos, en este caso, a las reiteradas sentencias que se han pronunciado en el sentido que, para la ley sobre Impuesto a las ventas y servicios, no hay crédito fiscal sin el correspondiente débito fiscal.

No compartimos dicha afirmación y creemos estar en situación de demostrar que tal predicamento es equivocado, en cuanto no refleja lo que efectivamente la ley dispone sobre la materia.

Los fallos que plantean el acerto que se analiza, se fundan en el texto del artículo 23 del D. L. N° 825 y, particularmente, en aquella parte que rechaza la procedencia del crédito respecto a adquisiciones o servicios que se afectan a operaciones no gravadas, exentas o que no guardan relación con la actividad del vendedor, de lo que se colige que el legislador estaría rechazando la procedencia del crédito en todos aquellos casos en que no habrá de generarse un débito fiscal correlativo y directamente vinculado al bien o servicio cuya adquisición o contratación generó el crédito de que se trata.

Como una primera cuestión, nos referiremos a un necesario distingo en el análisis:

Si se plantea que, como concepto general, el I. V. A. opera sobre la base de una correlación entre crédito y débito, estamos cabalmente de acuerdo.

En cambio, si lo que se postula es una necesaria vinculación, en cada caso concreto, entre crédito y débito fiscal, en términos que la inexistencia de este indispensable débito correlativo produciría la anulación o pérdida del crédito correspondiente, planteamos nuestra discrepancia.

Para que dicho planteamiento pudiese ser efectivo, sería indispensable que la ley estableciera un sistema de crédito en suspenso o condicionado, que sólo sería validado en el momento de la generación efectiva del débito correlativo, que lo consolidaría definitivamente.

En esos términos, confirmada la generación del débito, se validaría el crédito.

Sin embargo, en nuestra legislación ello no es así.

Por el contrario, la ley obliga a determinar la procedencia del crédito al momento de contabilizar la factura correspondiente y ordena, por otra parte, que ella sea registrada en el mismo período de su emisión.

Ello significa que la procedencia del derecho a crédito debe definirse cuando aun no existe constancia ni es posible verificar la generación del débito correlativo.

El derecho a crédito se concede cuando el bien adquirido o servicio contratado se afecta a una operación gravada, vale decir, sobre la base de un ánimo o estimación y, en ningún caso, sujeto a la acreditación efectiva de un débito correlativo.

Si, en definitiva, el débito no se genera, ello no anula ni invalida el crédito fiscal utilizado en su oportunidad.

Por lo tanto, si bien es efectivo y literalmente correcto, que el derecho a crédito fiscal no procede cuando se trata de bienes o servicios que se adquieren o contratan para afectarlos a operaciones no gravadas o exentas o ajenas al giro por el cual la empresa tiene la calidad de contribuyente de I. V. A., ello no permite afirmar que de acuerdo a la normativa que regula el derecho a crédito, la procedencia de éste está condicionada a la generación efectiva de un débito.

Como se demostrará en el análisis, cuando se dan los supuestos legales, la circunstancia de que, en definitiva, no se genere un débito fiscal, no es causal que invalide o haga improcedente el derecho a crédito que concede la ley.

Por otra parte, en caso alguno la ley exige débitos fiscales asociados explí-

citamente a cada crédito, de modo que la vinculación que se postula no se ajusta a la ley, para la cual basta que los bienes o servicios generadores de crédito contribuyan, en términos generales o globales, a la generación del débito fiscal del contribuyente.

Es por ello que no corresponde buscar o tratar de establecer una relación explícita entre el crédito fiscal y el supuesto débito asociado.

Como en el hecho ocurre, la ley sólo exige una relación indirecta y genérica, y aun acepta, en situaciones excepcionales, que el débito fiscal no se produzca.

En nuestro sistema, determinada la procedencia del crédito fiscal –de acuerdo a los antecedentes disponibles en el momento de contabilizar la factura y sin esperar la constatación u ocurrencia del débito–, nace un derecho inamovible, irrevocable y definitivo.

No existe ningún caso en que habiéndose generado crédito fiscal, por un bien o servicio que en el momento de su adquisición o contratación se estimó que contribuiría a generar débito fiscal, se pierda o revoque el derecho por la circunstancia de que, en definitiva, el débito no se genere.

En concreto: la ley no espera verificar la ocurrencia del débito para validar el crédito y no permite volver atrás para anular créditos de períodos anteriores, cuando se constata que el débito fiscal esperado no se produjo.

Ello se traduce en que puede existir crédito fiscal sin débito correlativo y, con mayor razón, créditos por bienes o servicios que no generen débitos asociados o susceptibles de una vinculación directa o propiamente correlativa, como será siempre el caso de los créditos por servicios, por bienes del activo fijo o por desembolsos que correspondan a gastos generales.

Así, por ejemplo, si se adquiere una partida de mercaderías, con ánimo de reventa, se recibe la factura y se contabiliza el crédito fiscal, de acuerdo al destino **previsto** para los bienes, el crédito es legalmente procedente y no va a sufrir modificación, sin importar lo que ocurra, en definitiva, con los bienes adquiridos.

Por lo tanto, si las mercaderías se siniestran, haciéndose imposible su venta o por cualquier otra razón el débito esperado no tiene lugar, ello no compromete ni anula el crédito fiscal. (Oficio 3391, de 3.10.88, del Servicio de Impuestos Internos).

Asimismo, el Servicio ha resuelto –Oficio 1895, de 29.5.85–, que hay dere-

cho a crédito por el I. V. A. soportado en la adquisición de elementos que habrán de ser destruídos, por ser su objeto la realización de pruebas de resistencia.

En el primer caso –Oficio 3391– el crédito se legitima en razón del destino con que se adquirieron los bienes, y su posterior destrucción, por caso fortuito, no lo invalida.

En el caso del Oficio 1895, los bienes no se adquieren con ánimo de reventa, ni para su utilización como materia prima o insumo y tampoco en calidad de bien de capital que habrá de contribuir a la fabricación de mercaderías cuya venta será generadora de débito, sino que para efectuar pruebas de resistencia de material, que implicarán su destrucción. Por lo mismo, la contribución de tales bienes a la generación de los débitos fiscales de la empresa es particularmente indirecta. Sin embargo, el propio Servicio, en pronunciamiento que interpreta cabalmente el espíritu y tenor de las normas pertinentes, reconoce la procedencia del crédito fiscal, porque, del particular modo que se ha indicado, de tales bienes permite realizar las actividades propias del giro y, por lo tanto, contribuye a la generación de los débitos fiscales de la empresa.

Con el criterio de la jurisprudencia que se comenta, los créditos antes referidos habrían sido rechazados, en circunstancias que la propia jurisprudencia administrativa del Servicio de Impuestos Internos confirma su procedencia.

El concepto de fondo que está determinando el predicamento del tribunal, en los fallos que se comentan, se basa en entender que la correlación crédito-débito debe ser directa, esto es, manifiesta u ostensible.

Como ello no sucede, ni podría ocurrir, en el caso de los créditos por adquisiciones correspondientes a gastos generales, ello se traduce en el rechazo de tales créditos, que, de acuerdo a la ley, son procedentes.

Para el tribunal, y conforme al criterio que se ha expresado, la empresa contribuyente del I. V. A. actuaría, sin embargo, como consumidor final respecto de tales adquisiciones.

Tal predicamento no es sino una variable o consecuencia del anterior, ya que la calidad de consumidor final se le atribuye, precisamente, por la falta de esa relación directa –que el tribunal pretende– entre la adquisición a la cual se vincula el crédito y las operaciones del giro, generadoras del débito correlativo.



Como se ha insistido reiteradamente, la ley no exige tal relación y no podría condicionar a ella la procedencia del crédito, puesto que ello sería incompatible con la norma que reconoce derecho a crédito por gastos generales y por otros conceptos en los que la relación directa crédito-débito que se pretende es imposible.

Se confirma, de este modo, el error que importa condicionar el crédito a la generación del débito, en los términos directos y explícitos que pretende la jurisprudencia.

Como se ha señalado, para que la ley pudiera operar en dichos términos sería indispensable un sistema de crédito en suspenso (nace y se hace efectivo el derecho sólo cuando se ha verificado la generación del débito correlativo) o de crédito sujeto a validación (en el momento de la adquisición nace un crédito que se utiliza en forma provisoria y que sólo queda ratificado cuando se materializa la operación generadora del débito correlativo), lo que no concuerda con la normativa del D. L. N° 825.

Interesa destacar que todo lo anterior es consecuencia del sistema de base financiera que consagra nuestra ley y que, por otra parte, la correlación crédito-débito no se plantea en términos objetivos, ni siquiera en el caso de mercaderías. Por cierto, menos aún tratándose de créditos por activo fijo, gastos generales y servicios.

Para un comerciante en vestuario, el crédito fiscal del mes de enero, por la compra de abrigos, no se relaciona con los débitos por la venta de los mismos bienes, sino que con relación a las ventas de ese mes (probablemente de trajes de baño, etc.).

Ello ratifica que el derecho a crédito por la compra de los abrigos no está relacionado, ni menos aun condicionado, a los débitos fiscales que los mismos abrigos generen al momento de su venta.

Por ello se incurre en un error cuando se espera una asociación o nexo entre el crédito y el débito, pretendiendo que el derecho a crédito estaría condicionado a la generación de un débito fiscal en la enajenación de "los mismos" bienes, relación que, de acuerdo a lo indicado, no puede exigirse, ni aun en el caso de las mercaderías.

Con mayor razón, en el caso del crédito que se genera por la adquisición de bienes del activo fijo, por los desembolsos correspondientes a gastos generales o por la contratación de servicios, no puede esperarse un supuesto débito correlativo, puesto que los bienes del activo fijo o los materiales o elementos que encuadran en el concepto de gastos generales y,

por cierto, los servicios que se necesita contratar no están destinados a la venta y jamás podrían generar, por sí mismos, un débito fiscal.

Por lo tanto, en el esquema de la ley, jamás se genera una situación que permita vincular objetivamente los créditos fiscales con sus supuestos débitos correlativos, como lo ha planteado la jurisprudencia.

En sentencia de 25.4.94 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCI, Año 1994, Segunda parte, Sección primera, Página 41), se señala que la ley exigiría "que la relación entre la operación realizada y la actividad del contribuyente sea objetiva y absoluta".

Dicha expresión es particularmente ilustrativa del criterio o predicamento que está determinando la posición del tribunal.

Esa relación "objetiva y absoluta" que se pretende entre la operación realizada, (la compra generadora del crédito) y la actividad del contribuyente (las ventas generadoras de débito fiscal, en el caso de un comerciante), demuestra que el tribunal espera, siempre, esa vinculación ostensible a que hemos hecho referencia.

De este modo, cuando un comerciante en camisas adquiere una partida de camisas, se produce esa relación objetiva y absoluta entre la operación realizada y la actividad del contribuyente, como lo señala el fallo de 25.4.94.

Sin embargo, cuando el mismo comerciante adquiere un candado, para el cierre y seguridad de su local, estaríamos, en el predicamento del tribunal, frente a una adquisición no generadora de crédito, puesto que:

- No existe generación de ningún débito fiscal, previo o paralelo, como lo plantean algunas de las sentencias comentadas;
- Al no tratarse de un bien destinado a la comercialización, el comerciante del ejemplo estaría actuando como consumidor final, según se señala en otros fallos;
- El bien adquirido –candado– no guardaría relación directa con la actividad del vendedor (cuyo giro es, según se ha señalado en el ejemplo, la venta de camisas);
- Evidentemente, no se da la relación objetiva y absoluta que exigiría la ley, entre la operación realizada (compra de candado) y la actividad del contribuyente.

Sin embargo, se trata, evidentemente, de una adquisición que da derecho a crédito, conforme lo dispone expresamente la norma del art. 23 N° 1 de la ley, cuando señala que dará derecho a crédito el impuesto soportado en adquisición de especies corporales muebles “relacionadas con gastos de tipo general, que digan relación con el giro”.

Se advierte, por lo tanto, que la interpretación del sentenciador es incompatible con el tenor de la norma básica sobre crédito fiscal y que la relación de las adquisiciones con la actividad del vendedor, a que se refiere la ley, tiene un alcance general, en cuanto exige que las adquisiciones sean pertinentes al giro –propias de la actividad–, sin que ello implique, en modo alguno, que los bienes adquiridos deban generar débitos por sí mismos o que deba existir una relación o vínculo, absoluto, objetivo y ostensible, entre los bienes cuya adquisición genera crédito –el candado– y aquellos cuya enajenación genera los débitos (las camisas).

En definitiva, la procedencia del crédito fiscal, en nuestra legislación, no está condicionada a un débito correlativo, ni a las condiciones o requisitos que en los fallos citados se pretende.

Sólo excepcionalmente es posible apreciar esa relación ostensible, directa y explícita, que la Excma. Corte Suprema espera y plantea en sus fallos, como, por ejemplo, en el caso del crédito por la construcción de un inmueble que se arrienda con instalaciones.

En tal caso, un mismo bien –el inmueble– está, por una parte, generando créditos fiscales (en su adquisición o construcción) y, por otra –a través de su arrendamiento–, los correlativos débitos, que es posible asociar con toda claridad.

Sin embargo, el I. V. A. soportado en la construcción de un inmueble también genera derecho a crédito, cuando su propietario –empresario agrícola– lo destina al almacenamiento de sus productos.

En tal caso –que corresponde a la situación normal o general–, obviamente, se pierde esa relación directa que pretende exigirse, ya que el crédito por el inmueble resulta vinculado a débitos fiscales originados en la venta de fruta, o en su exportación, que no obstante constituir una operación exenta de I. V. A., legitima el crédito fiscal por la construcción del galpón destinado a su almacenamiento.

De acuerdo a los requisitos que indica la ley y la operatoria del tributo, la procedencia del crédito se determina de acuerdo al destino o “afectación” de los bienes que se adquieren o servicios que se contratan y se genera el

derecho cuando deba estimarse que los bienes o servicios contribuirán a la realización de actividades gravadas.

Si, por cualquiera razón, el esperado débito no tuviere lugar, ello no anula ni produce la pérdida del derecho, lo que determina que en la práctica puedan existir, y de hecho existan, créditos sin débito, contrariamente a lo que postula la jurisprudencia.

Particularmente ilustrativa resulta, a este efecto, la situación que se produce con motivo de la adquisición y enajenación de bienes del activo fijo, caso en el cual la ley reconoce el derecho a crédito, no obstante que, por definición, la enajenación de tales bienes no genera débito fiscal.

La norma que se introdujo en la letra m) del art. 8° del D. L. N° 825, por la cual, la venta materializada dentro de los 12 meses siguientes a la adquisición hace presumir ánimo de reventa y se grava con el impuesto, no desvirtúa el principio básico a que nos hemos referido: Existe derecho a crédito fiscal por la adquisición o construcción de bienes del activo fijo, no obstante que la venta de tales bienes –en cuanto se efectúe con posterioridad al año de su adquisición, de acuerdo a la normativa vigente– no se encuentra gravada, vale decir, no es generadora de débito fiscal.

A propósito de lo citado, que constituye un ejemplo típico de crédito sin débito, cabe comentar el criterio que se deriva de la situación analizada en el Oficio 1528, de 21.4.99, del Servicio de Impuestos Internos, conforme al cual a una sociedad prestadora de servicios gravados, es decir, contribuyente del I. V. A., corresponde derecho a crédito fiscal por concepto del I. V. A. soportado en la construcción de un inmueble que destinaba a su giro, no obstante que la posterior venta del bien raíz, realizada después de un año, conforme a la normativa actual, no genera débito fiscal.

Más allá de las situaciones extremas, en que, por alguna razón especial el débito no se produce –sin que ello comprometa el derecho a crédito fiscal– interesa destacar que, en las situaciones comunes y habituales, propias de la operatoria normal del tributo, el débito fiscal si se produce, pero no en la forma que lo plantea la jurisprudencia que comentamos, sino que en términos generales e indirectos, que impiden esa asociación directa, expresa y ostensible que plantea la jurisprudencia.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso citado anteriormente, en que el crédito fiscal por la construcción de un inmueble no es, realmente, un crédito sin débito, pero si un crédito vinculado con débitos fiscales que no son generados, propia o directamente, por el inmueble, sino que a través de los servicios gravados que en él se prestan.

En las situaciones comunes, propias de la operatoria normal de cualquiera empresa contribuyente del I. V. A., existen débitos que se generan en la venta de bienes o prestación de servicios, según cual sea el giro del contribuyente, pero no puede esperarse, ni menos exigirse, que los créditos que dichos débitos validan se generen en la adquisición de los mismos bienes cuya venta da lugar al débito, ni menos aún, en la contratación de los mismos servicios cuya prestación da lugar al débito.

Así, por ejemplo, en el caso de una empresa prestadora de servicios, los correspondientes créditos y débitos fiscales jamás podrán presentar la relación que se pretende, ya que por definición los servicios que la empresa habrá requerido contratar serán de naturaleza distinta a los que ella presta a sus clientes.

Los contribuyentes generan sus débitos fiscales a través de las actividades del giro, y tales débitos deben entenderse correlativos a los créditos correspondientes a la adquisición de los bienes que requieren para su funcionamiento u operación: local en que funcionan, mobiliario de oficina, artículos para el personal, elementos de seguridad, aire acondicionado y otras instalaciones, reloj control, etc.

En esos términos, si se pretendiera condicionar el derecho a crédito a la existencia de débitos que pudieran identificarse con los correlativos créditos fiscales, la empresa del ejemplo se quedaría sin créditos, puesto que ninguno de los bienes mencionados, u otras adquisiciones generadoras de crédito, podría cumplir tal exigencia.

En el área de los servicios, tampoco puede esperarse ese vínculo o relación que se pretende, ya que, si por ejemplo, el giro de la empresa es el procesamiento de datos, los servicios que ella necesita contratar para el desarrollo de su actividad gravada no serán de procesamiento de datos, sino que estarán relacionados con actividades que ella no realiza y para lo cual necesita recurrir a terceros.

Por lo tanto, el crédito a que tendrá derecho habrá de corresponder, por ejemplo, a contratación de servicios publicitarios, de personal, de aseo o decoración de oficinas, de reparación de maquinarias y, en general, a prestaciones totalmente diversas y sin relación alguna con la actividad que ella realiza, lo que, por cierto, no compromete en modo alguno el derecho a crédito que le asiste por tales prestaciones.

La relación es obviamente indirecta y así lo entiende la ley.

Por ejemplo, los servicios publicitarios, así como cualquier otro que

hubiere sido necesario contratar, son generadores de crédito fiscal, no en cuanto originan débitos por sí mismos, susceptibles de vincularse en los términos que la jurisprudencia lo pretende, sino en cuanto hacen posible que la empresa desarrolle sus actividades, cuente con clientes, esté en situación de atenderlos y realice las prestaciones generadoras de débitos fiscales que no guardan –ni tendrían por qué guardar– relación alguna con los bienes o servicios cuya adquisición o contratación dio lugar al crédito.

En síntesis:

1. La correlación crédito-débito es válida en cuanto principio o concepto general, pero no en términos objetivos, vale decir, como exigencia concreta del texto legal.

2. Es efectivo que cuando se adquieren bienes para la realización de una actividad exenta o no gravada o que son ajenos al giro, no se genera el crédito fiscal, pero basta que en el momento de la adquisición del bien o la contratación del servicio los antecedentes hayan permitido asumir que el bien o servicio contribuirían a la generación del débito, para que el crédito haya nacido válidamente, con el agregado de que el derecho no se extingue por la circunstancia de que los débitos esperados en definitiva no se produzcan. Por ello, puede haber crédito sin débito.

3. En todo caso, no puede pretenderse que cada bien o servicio (generador de crédito en su adquisición o contratación) deba originar débitos fiscales por sí mismo, es decir, débitos fiscales que sean productos de la reventa del mismo bien o servicio generador del derecho.

Obviamente, dicha condición no podría cumplirse en los servicios, según se ha explicado, y tampoco puede esperarse o exigirse en la adquisición de aquellos bienes que no corresponden al activo realizable, vale decir, que no se adquieren para comercialización, como es el caso de los bienes del activo fijo y, particularmente, de aquellos cuya adquisición representa un gasto general para el contribuyente (útiles de escritorio, elementos de aseo, combustible para los vehículos, vestuario y otros elementos para el personal, etc.).

4. Para que fuera efectiva la afirmación o postulado en el sentido que “la ley no otorga crédito fiscal sin que, paralelamente, se produzca un débito fiscal”, como lo señala la Excma. Corte Suprema en diversos fallos, entre ellos, de 13 de agosto de 1997 (Rol 24.067-94) y de 7 de enero de 1998 (Rol 24.822-95), serían necesarias dos condiciones o supuestos básicos que en nuestra legislación no concurren:

- a) Que sólo existiera derecho a crédito por la compra de mercaderías o bienes del activo realizable, únicos susceptibles de generar débito fiscal por sí mismos (en su reventa), y
- b) Que el derecho a crédito quedara condicionado, esto es, en suspenso, hasta la verificación o generación del débito que lo valida.

Si el I. V. A. operara en esos términos, un comerciante en el rubro vestuario sólo tendría derecho a crédito por la adquisición de mercaderías del giro –lo que, desde ya, no es efectivo–, y, adicionalmente, la compra de los abrigos daría lugar a un crédito provisorio, que sólo se haría efectivo en el momento de la venta de los mismos abrigos, lo que tampoco sucede en nuestro sistema.

Sólo en esos términos podría afirmarse que todo crédito fiscal supone, necesariamente, un débito correlativo

Lo que en definitiva obliga a descartar la tesis de la jurisprudencia que se crítica es la circunstancia de que la ley no sólo otorga derecho a crédito fiscal por la adquisición de mercaderías –único caso en que podría darse la correlación que se pretende–, sino que también por servicios, gastos generales y bienes del activo fijo.

En la contratación de servicios, adquisiciones de activo fijo o desembolsos correspondientes a gastos generales, no puede esperarse la vinculación directa que se pretende, ya que, por su naturaleza, los referidos bienes o servicios jamás serán generadores de débitos por sí mismos, lo que no obsta a la procedencia del crédito, ya que se trata de bienes o servicios que contribuyen, de modo indirecto, a la generación de los débitos, al posibilitar la realización de operaciones afectas.

Este es, en realidad, el punto más relevante del análisis, puesto que, en esencia, el postulado de la Excma. Corte Suprema se refiere al rechazo de créditos fiscales por gastos generales y respalda la privación del crédito en la circunstancia de que los servicios contratados o bienes adquiridos no son, por sí mismos, generadores de un débito directo, estimando que tal circunstancia justificaría el rechazo del crédito fiscal.

Allí radica la esencia de nuestra discrepancia, que apunta a la necesidad de reconocer que no es procedente exigir, ni siquiera en el caso de mercaderías, una correlación directa entre crédito y débito.

Menos aún en el caso de desembolsos correspondientes a gastos generales, en los cuales el crédito –que la ley expresamente otorga y reconoce–

no tiene otra contrapartida que el aporte o contribución indirecta de tales desembolsos en la actividad de la empresa y en los débitos que ella genere a través de las operaciones propias de su giro.

En sentencia de 16.12.99 (Causa Rol # 2132-99), el tribunal señala: “para que un contribuyente pueda acceder al crédito fiscal, es menester que previamente haya efectuado una venta o prestado un servicio, al cual haya recargado el impuesto.”

En razón de lo anterior, concluye, en relación con un servicio que corresponde a gastos generales, que “la empresa no se hizo titular del crédito reclamado al fisco, al no generarse débito, pues vino a constituirse en el consumidor final”.

Sin embargo, no es ése el sentido de la “cadena” del I. V. A. que consagra nuestro texto legal, según se ha demostrado.

Además, los únicos consumidores finales, en el esquema del I. V. A., son los no contribuyentes del tributo, es decir, los no generadores de débitos fiscales.

En el caso de contribuyentes del I. V. A., la no reventa del bien adquirido para uso propio no convierte a la empresa en consumidor final, desde el momento que todo gasto o inversión de una empresa está necesariamente asociada a su giro, vale decir, a una actividad afecta a I. V. A. y generadora de débitos fiscales, los cuales no tienen por qué asociarse o identificarse con las operaciones generadoras del crédito, puesto que lo normal es que la relación entre uno y otro –crédito y débito– no sea ostensible.

El expreso reconocimiento del derecho a crédito por contratación de servicios, por la adquisición de bienes del activo fijo y, principalmente, por desembolsos correspondientes a gastos generales, demuestra que el legislador acepta el derecho a crédito, sin exigir un débito correlativo directo y que es suficiente que los servicios contratados o bienes adquiridos aporten o contribuyan, de manera general o indirecta a la generación de los débitos, es decir, que hagan posible, en términos globales, la realización de una actividad gravada, para que el crédito sea procedente.

Con relación a la expresión: “es menester que previamente”, utilizada en la sentencia citada, debe hacerse presente que en ningún caso la ley exige un débito fiscal previo. Ni siquiera se exige un débito fiscal simultáneo o coetáneo, vale decir, del mismo período, sino que la ley razona sobre la base de un débito futuro.

Este débito futuro tampoco debe identificarse, necesariamente, con un

crédito en particular, puesto que, como se ha dicho, no existe requisito de identificación directa, sino que la aplicación de un criterio general, por la vía de conceder crédito por todo tipo de servicios o adquisiciones que, de acuerdo a su naturaleza, deba estimarse que contribuirán o harán posible la generación de los débitos fiscales.

El reconocimiento de crédito por desembolsos correspondientes a gastos generales constituye la prueba más concreta y definitiva en orden a que la ley no exige identificación o ligazón entre cada crédito y débito, sino que opera en base a un concepto que no es vinculante y que en ningún caso supone que cada bien adquirido o servicio contratado deba generar, por sí mismo y en forma directa, "su" débito.

Es por ello que el derecho a crédito fiscal no se circunscribe al I. V. A. soportado en la adquisición de aquellos bienes del activo realizable, en términos que permitieran afirmar que sólo hay derecho a crédito por el I. V. A. soportado en la adquisición de aquellos bienes cuya enajenación habrá de generar un débito.

El reconocimiento legal a los remanentes de crédito y la autorización para su devolución, en los arts. 27 bis y 36 de la ley, confirma lo señalado, ya que "remanente" implica la existencia de créditos no extinguidos por imputación a débitos paralelos, vale decir, de créditos fiscales que se convierten en remanentes, por no existir o no haberse generado aún el correlativo débito fiscal.

Luego, si fuera efectivo que "la ley no otorga crédito fiscal sin que, paralelamente, se produzca un débito fiscal", como lo señalan las sentencias de 13.8.97, 7.1.98 y 29.9.98, no podrían existir los remanentes de crédito fiscal, ni menos aún las normas que autorizan su devolución.

Consistente con todo lo anterior, la fiscalización sobre el correcto uso del crédito fiscal no consiste en verificar si efectivamente se generaron los débitos fiscales esperados, lo que legalmente no es relevante, sino que en una comprobación de la concurrencia de los requisitos para el nacimiento del derecho.

El fiscalizador debe constatar si el crédito fiscal corresponde a I. V. A. soportado en la adquisición de bienes o contratación de servicios que, de acuerdo a los antecedentes existentes en el momento de registrarse la correspondiente factura, eran propios o necesarios para la actividad y en tal carácter debía asumirse que contribuirían a la generación de débitos fiscales. En una palabra: que se trataba de bienes o servicios que se afectaron o destinaron a la generación de operaciones gravadas.

Cumplido lo anterior se hace irrelevante que así haya efectivamente ocurrido o que, por alguna circunstancia sobreviniente, los esperados débitos fiscales no se hayan generado, puesto que esta última circunstancia no invalida el crédito, ni produce la pérdida del derecho.

Ocurre con el crédito fiscal algo similar a lo que sucede con los gastos deducibles, en materia de impuesto a la renta.

La aceptación del gasto se evalúa en función del objetivo perseguido y no de los resultados concretos que se logran. Un desembolso en publicidad es aceptado en razón de que pretende o busca un incremento de la renta, no obstante que la campaña publicitaria no produzca el efecto esperado. Ello no deslegitima el gasto, ni es causal de rechazo, puesto que su aceptación no está vinculada a sus resultados, del mismo modo que la procedencia del crédito no está condicionada a la generación del débito.

La expresión “paralelamente” que utiliza la sentencia de 7.1.98, y, con mayor razón, la expresión “previamente” que se emplea en el fallo de 16.12.99, ponen en evidencia el error de interpretación que comentamos.

Como se ha dicho, en los casos en que se produce la correlación directa que pretenden las sentencias comentadas –lo que es excepcional y no constituye en modo alguno un requisito para la procedencia del derecho–, el débito es, normalmente, muy posterior al crédito al cual pudiera vincularse, difícilmente simultáneo y jamás previo.

Por tal razón, parece más adecuado a la mecánica del tributo aludir al crédito fiscal y a su débito correlativo, pero en el bien entendido que este último no guarda necesariamente una relación directa que permita algún grado de vinculación o identificación con el crédito que lo precede.

En otros términos, los contribuyentes del I. V. A., esto es, las empresas que realizan actividades afectas al impuesto, tienen derecho a crédito fiscal. En los términos del inciso primero y N° 1 del art. 23 de la ley, por concepto de todas las adquisiciones que realicen o servicios que contraten para posibilitar la realización de la actividad afecta.

Ello comprende el derecho a crédito por la compra de las mercaderías y de materias primas e insumos, e igual derecho por la contratación de servicios pertinentes al giro, por la adquisición de bienes del activo fijo –en el mes de recepción de la factura y sin esperar siquiera que los bienes se hayan incorporado a la actividad– y por los desembolsos correspondientes a gastos generales, sin importar que en este último caso se trate de adquisiciones que la empresa realice para sí y no para su reventa,

puesto que ello no significa que la empresa actúe como consumidor final ni puede ser causal de la pérdida del derecho que expresamente le otorga la ley.

En la operatoria normal, los créditos fiscales se vinculan con débitos con los cuales no tienen relación alguna, cual será el caso de los débitos fiscales del período.

No existe una vinculación conceptual, ya que, como se ha dicho, los débitos fiscales que en el plano doctrinario van a dar sustentación o legitimidad al crédito, habrán de producirse, normalmente, con mucha posterioridad.

Ejemplo: un empresario industrial adquiere una maquinaria en enero de 1998, contabiliza en ese período la factura y genera un crédito fiscal para ese mes, que hará válido en su declaración del 12.2.98. El débito fiscal "conceptualmente" correlativo, (que legitima dicho crédito), habrá de producirse cuando la maquinaria del ejemplo haya comenzado a operar y los bienes hayan sido comercializados, lo que ocurrirá en fecha muy posterior al período en que se generó el derecho a crédito.

Por lo tanto:

- No es con relación al débito fiscal que pudiera producirse en la venta del mismo bien que la ley reconoce derecho a crédito por la compra de la maquinaria.
- El débito esperado, correlativo o que legitima o debe vincularse a dicho crédito, no es previo o del mismo período, sino el que se asume que habrá de generarse en la venta de los bienes que mediante la maquinaria se espera producir.
- Si por razones técnicas, de mercado u otras, la máquina del ejemplo jamás entrara en funcionamiento, de modo que, en definitiva, no se produjeran los débitos esperados, ello no constituiría causal de pérdida del crédito fiscal, utilizado legítimamente en su oportunidad.

En este último caso, estaríamos, nuevamente, frente a un crédito sin débito, que desvirtúa y demuestra lo equivocado de la tesis jurisprudencial que se analiza.

Por lo tanto, señalar que la ley no otorga crédito fiscal sin que, "paralelamente" o "previamente", se produzca un débito fiscal, es erróneo, ya que tal simultaneidad no está establecida en la ley y no se da en la práctica.

Con mayor razón la exigencia de un débito fiscal previo carece de sentido y conduciría al absurdo de que una empresa que no ha iniciado sus operaciones no tendría crédito por los bienes que está adquiriendo o servicios que está contratando a efectos de iniciar sus actividades

Como hemos dicho, la ley otorga crédito fiscal cuando, lisa y llanamente, se dan los antecedentes o circunstancias que permiten asumir que el bien adquirido habrá de ser generador de débitos, como ocurre con la maquinaria del ejemplo, o cuando, por tratarse de bienes necesarios para el funcionamiento u operación de una empresa contribuyente de I. V. A., deba estimarse que los bienes contribuirán a la generación de débitos, al hacer posible o ser necesarios para la realización de una actividad gravada.

En el caso de la maquinaria del ejemplo, podría ocurrir que se tratara de un empresario que está iniciando actividades (montando o instalando su fábrica o industria), caso en el cual no existirá ningún débito previo o paralelo, lo que, por cierto, no es obstáculo para el derecho a crédito, que, ante la inexistencia de un débito correlativo, se transformará en remanente.

Por ello es que si bien en la mecánica normal del impuesto debe asumirse una correlación entre créditos y débitos –la ley otorga crédito fiscal cuando cabe esperar que los bienes adquiridos o servicios contratados contribuirán a la generación de débitos–, no se trata de créditos y débitos paralelos, sino que, normalmente, de créditos presentes y débitos futuros, lo que desvirtúa la afirmación en el sentido que “la ley no otorga crédito fiscal sin que, paralelamente, se produzca un débito fiscal”.

La ley no rechaza la procedencia del crédito en razón de que el contribuyente actúe como “consumidor final” (expresión que, por lo demás, el D. L. N° 825 no emplea), puesto que asume que los contribuyentes del I. V. A. efectuarán, en el desarrollo de su actividad, adquisición de bienes destinados a la reventa, (bienes del activo realizable) y también adquisiciones indispensables para su propio funcionamiento, como es el caso de las que se realizan para el activo fijo y de los desembolsos que corresponden a gastos generales.

Obviamente, los servicios que requiere una empresa son contratados para ella, lo que no la convierte en consumidora final, puesto que hacen posible su actividad efectiva.

Todos los bienes o servicios referidos resultan necesarios e indispensables para el ejercicio o desarrollo de la actividad afecta, generadora de los débitos fiscales. Es por ello que la ley otorga derecho a crédito en términos amplios y sin exigir de manera alguna una correlación directa, entre tales bienes o servicios y los débitos fiscales esperados.

El D. L. N° 825 emplea la expresión "directa" en el N° 2 del Art. 23, pero sólo para referirse a la necesidad de que las operaciones generadoras de crédito guarden relación directa con la actividad del contribuyente y no en el sentido que los créditos fiscales deban guardar relación directa con los débitos fiscales a que da lugar dicha actividad.

A este respecto, la sentencia de 29.9.98, recaída en la causa Rol 3.740-96 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1998, Tomo XCV N° 3, segunda parte, sección primera, página 149), luego de señalar que "la ley no otorga crédito fiscal sin que, paralelamente, se produzca un débito fiscal", se aboca a la interpretación de la frase "que no guarden relación directa con la actividad del vendedor", y al amparo de ella busca una relación directa, derecha o en línea recta, entre los bienes cuya adquisición había dado lugar a los créditos y los bienes propios del giro de la empresa cuya venta o comercialización da lugar a los débitos.

Como en un caso se trataba de adquisiciones típicas del rubro "gastos generales" y, obviamente, sin relación alguna con los bienes que de acuerdo a su giro comercializaba la empresa (piezas y repuestos para vehículos), concluye que no se daría la relación "directa" a que se refiere la norma del N° 2 del art. 23 del D. L. N° 825.

Por esta consideración, el tribunal rechaza la procedencia del crédito, señalando, a mayor abundamiento, que tal conclusión estaría ajustada a la lógica de la ley, que rechaza el crédito por desembolsos que no son generadores de débito.

Como ocurre en la totalidad de los fallos citados, se trata de una errónea interpretación del texto impositivo, no sólo porque no es efectivo que la ley no otorgue crédito sin débito, según se ha acreditado, sino además porque, en los casos a que las sentencias se refieren, existían débitos fiscales, pero sin que entre unos y otros existiera la relación directa que el tribunal pretende.

Como se ha dicho, la falta de relación directa entre los créditos y los débitos no es óbice para la aceptación de los primeros, ya que, a lo que la norma del art. 23 N° 2 se refiere no es a una correlación directa entre los créditos y los débitos fiscales –que, como se ha visto, sólo podría producirse, excepcionalmente, con los bienes del activo realizable y jamás respecto de los servicios, bienes del activo fijo y desembolsos correspondientes a gastos generales–, sino que a la relación entre los bienes que se adquieren o servicios que se contratan y la actividad del contribuyente.

Los contribuyentes del I. V. A., que lo son en cuanto vendedores o prestadores de servicios, necesitan, obviamente, adquirir una multiplicidad de bienes,

de muy distinta naturaleza y que no se circunscriben a aquellos que serán objeto de comercialización, sino que incluyen todo aquello que sea propio, pertinente o necesario al giro, es decir que guarden relación con la actividad, como lo señala la ley.

Queda en evidencia, a través del razonamiento que se expresa en los considerandos, que el sentenciador entendió que la relación directa se cumpliría sólo en cuanto las especies adquiridas se identificaran con las "piezas y repuestos para vehículo" y, en cambio, se encontró:

a) Con que los desembolsos correspondían a gastos generales, por cierto imposibles de identificar con tales piezas o repuestos, y

b) Además, y por el mismo hecho, no era posible identificar las adquisiciones con las operaciones generadoras de débito, es decir, no existían débitos fiscales directamente asociados con los créditos fiscales invocados por el contribuyente.

Como se ha explicado, la ley no exige esa correlación directa. Si así fuere, no podría existir derecho a crédito por los desembolsos correspondientes a gastos generales, puesto que ellos jamás se podrán identificar con las mercaderías objeto de comercialización, ni presentar una relación directa, en los términos que lo plantea el fallo.

En la medida que la actividad que realice el contribuyente se encuentre afecta a I. V. A., la ley le concede derecho a crédito por la totalidad de sus adquisiciones, sin esperar que tales bienes deban generar débitos fiscales por sí mismos y sin otra exigencia que la necesaria relación entre el servicio contratado o el bien adquirido y la "actividad" afecta a I. V. A. que realiza el contribuyente.

Por lo tanto, la procedencia del crédito fiscal en el I. V. A. sólo está condicionada a la concurrencia de los requisitos que expresamente exige la ley, entre los cuales no se incluye la condición de que los débitos fiscales sean directamente imputables a un correlativo crédito fiscal.

Terminamos con un ejemplo final que ilustra y resume nuestras conclusiones:

Para la tesis del débito fiscal vinculante, que inspira los fallos que se han comentado, el derecho a crédito fiscal por el I. V. A. soportado en la adquisición de un limpiavidrios sólo sería procedente en el caso de contribuyentes dedicados a la comercialización de dicho producto.



En los demás casos la adquisición del limpiavidrios no daría derecho a crédito, puesto que no encontraríamos un débito fiscal claramente asociado al bien. Diríamos que el producto no guarda relación directa con su actividad y deberíamos concluir que, como el contribuyente lo adquirió para usarlo, es un consumidor final.

Sin embargo, el D. L. N° 825 concede derecho a crédito por tal adquisición a todo tipo de empresas contribuyentes del I. V. A., sin preguntar cual es el giro gravado.

Ello, porque entiende que vitrinas o ventanas limpias son útiles, necesarias y convenientes, en empresas que comercialicen bienes de cualquiera naturaleza o que presten servicios de cualquier tipo, en cuanto se trate de una actividad gravada, esto es, generadora de débitos fiscales.

Ello es así:

- Porque vitrinas o ventanales limpios contribuyen –indirectamente, por cierto– a la generación de débitos fiscales.

- Porque el derecho a crédito por adquisiciones que correspondan a gastos generales está expresamente reconocido en el texto legal. Ello, en el bien entendido que el débito correlativo se origina no en la venta del mismo limpiavidrios, sino que en las operaciones gravadas que de acuerdo a su giro realice el contribuyente.

- Porque el concepto de “consumidor final”, entendiéndose por tal la adquisición que realiza aquel que corta la cadena del I. V. A., no es aplicable a los contribuyentes del impuesto, que en tal calidad son, obviamente, generadores de débito, a través de su giro, cualquiera que éste sea.

Es por ello que los contribuyentes de I. V. A. no tienen la calidad de consumidores finales, ni en los bienes que comercializan ni en la adquisición o contratación de aquellos bienes o servicios que requieren para el desarrollo de su actividad gravada.

- Porque la relación crédito-débito debe plantearse en términos globales o genéricos y no particularizada a cada bien adquirido o servicio contratado, en términos de esperar o exigir que sea el mismo servicio o el mismo bien generador de crédito, el que por sí mismo, es decir, en forma directa, genere, también, el débito fiscal correlativo.

De esta forma, el predicamento de vincular créditos con débitos, en los términos que lo plantea la Excm. Corte Suprema en las sentencias de

25.4.94, 13.8.97, 7.1.98, 16.12.99 y en otros fallos, implicaría, en el hecho, limitar el derecho a crédito fiscal a las mercaderías o bienes del activo realizable, únicos capaces de generar un débito compensatorio susceptible de asociar o vincular "directamente" con el crédito respectivo, en los términos que lo esperan las sentencias comentadas.

Como se ha dicho, ello contraría el texto positivo de las normas que expresamente reconocen la procedencia de crédito fiscal por el IVA soportado en la compra de bienes del activo fijo, gastos generales y contratación de servicios.

CONCLUSION:

Primero: la Ley sobre Impuesto al Valor Agregado razona en términos económicos y en este plano todo crédito fiscal tiene su débito correlativo, pero:

1) Tal débito no es previo ni simultáneo, sino que normalmente posterior. Entretanto, el crédito se imputa a débitos del mismo período, los que normalmente corresponden a operaciones o venta de bienes que no guardan ninguna relación con aquel cuya adquisición lo generó. A falta de débitos en el período en que el crédito debe contabilizarse y hacerse efectivo, éste se transforma en remanente.

2) No existe ninguna exigencia en el sentido de que los bienes o servicios generadores del crédito deban producir débitos fiscales por sí mismos.

Así, por ejemplo, y según se ha demostrado, el crédito fiscal por la adquisición o construcción de un inmueble no está condicionado a los débitos que dicho inmueble pueda generar, en su venta o arrendamiento, sino que se legitima en los débitos que la empresa genere por cualquiera actividad afecta a I. V. A. y para cuya ejecución se utilice el inmueble, sea como oficina, local, casino, centro de capacitación, recinto industrial o cualquier otra aplicación por la cual el inmueble de que se trata participa, ayuda o contribuye a la realización del giro generador de los débitos fiscales.

3) Los créditos correspondientes a gastos generales –artículos de oficina, alimentación del personal, artículos de aseo, etc.– se validan por el sólo hecho de que la empresa que los realiza sea contribuyente de I. V. A. y generadora de débito.

Tal calidad impide considerarla como un consumidor final, calificativo

que sólo es aplicable a los no contribuyentes, en los cuales termina la cadena del I. V. A.

Segundo: excepcionalmente, puede generarse derecho a crédito sin ningún débito correlativo, ya que la ley atiende al ánimo, esto es, a la finalidad o destino que se pretende dar a los bienes que se adquieren o servicios que se contratan.

De éste modo, cuando legítimamente y con fundamento –de acuerdo a los antecedentes del momento– se hace uso de crédito, la no generación de los débitos esperados no anula retro activamente los créditos utilizados.

Tercero: en la totalidad de los casos a que se refieren los fallos comentados se rechazan créditos fiscales por considerarse, erróneamente, que no existiría un débito fiscal asociado.

Nuestro análisis ha estado destinado a poner en evidencia tal error, a través de diversos antecedentes legales que demuestran que la supuesta inexistencia del débito correlativo es consecuencia de una visión inexacta e impropcedente respecto a los términos en que debe buscarse la asociación entre crédito y débito fiscal.

A dicho respecto, creemos haber demostrado la improcedencia de exigir ese vínculo directo o relación inmediata o manifiesta que pretende la jurisprudencia comentada, puesto que la naturaleza de la asociación entre créditos y débitos se da, necesariamente, en términos diversos, según se trate: 1) de la adquisición de bienes del activo realizable; 2) de compra de activo fijo; 3) de gastos generales o 4) de contratación de servicios, sin que pueda esperarse –y menos exigirse– que las características de la relación crédito-débito, que se dan en el primer caso, se presenten también en los restantes.

Sin embargo, y a mayor abundamiento, hemos demostrado que la tesis según la cual no existiría crédito sin débito no tiene el valor absoluto que pretende la jurisprudencia, de modo que aun en situaciones en que efectivamente no exista un débito correlativo –como ocurre, por ejemplo, con los desembolsos asociados a una exportación–, la inexistencia del débito fiscal no constituye, para la ley, una causal de privación del crédito fiscal.

La infracción tributaria

Jaime García Escobar

Profesor de Derecho Tributario
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un breve análisis del concepto de infracción tributaria, para posteriormente derivar en un estudio más detallado de la norma contenida en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, infracción esta de las más recurrentes dentro del quehacer fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos.

I. LA INFRACCION TRIBUTARIA

1. Introducción

El Estado, en ejercicio de la función fiscal de los tributos, requiere de los contribuyentes el pago de sumas de dinero para financiar sus múltiples necesidades. Por otra parte, el particular que debe pagar, cuando se trata de impuestos, no recibe una contraprestación directa al momento del pago (cuestión que no sucede en las tasas, en que sí existe ese tipo de contraprestación). Si a ello se suma un conjunto de servicios públicos en que la prestación a las personas resulta ser de una calidad bastante magra (por ejemplo: la salud o la educación), el contribuyente prefiere evadir el tributo.

Doctrinalmente, entre las causas que generan la evasión podrían citarse las siguientes:

- a) Tradición histórica no tributaria;
- b) Falta de conciencia tributaria;
- c) Algunos sostienen que el fraude tributario no debería ser sancionado con penas privativas de libertad. Al delincuente tributario no debería otorgársele tal carácter, toda vez que sólo se trataría de un mero deudor de impuestos;
- d) Una alta carga impositiva;

e) Las leyes de condonación, que no favorecen el desarrollo de una conciencia tributaria, toda vez que benefician al que no ha pagado oportunamente, y no premian al que sí lo ha hecho, y

f) Normas tributarias crípticas, es decir, de muy difícil comprensión.

Frente a esta evasión, la ley reacciona castigando al evasor, a través de las **infracciones tributarias**. Al respecto, éstas pueden definirse de la siguiente forma:

a) Toda violación dolosa o culpable de una obligación, de un deber o de una prohibición tributaria, sancionada por la ley.

b) Toda violación, desobediencia o incumplimiento por parte del contribuyente, de las obligaciones o deberes que le impone la ley tributaria.

2. Elementos de la infracción tributaria

Los elementos de la infracción tributaria son los siguientes:

a) Material u objetivo: Descripción de Conducta. Toda violación por parte de los contribuyentes al cumplimiento de las obligaciones, deberes o prohibiciones que impone una ley impositiva constituye una infracción tributaria. Tal infracción consistiría en hacer lo prohibido quebrantando una norma tributaria prohibitiva o no haciendo lo que la ley le obliga, es decir, no efectuando un acto positivo que se tiene el deber jurídico de efectuar, con lo cual se quebranta una norma tributaria imperativa. Todo lo anterior supone la existencia previa de una conducta descrita por la ley, que requiera un hacer o un no hacer.

b) Subjetivo: Responsabilidad. En materia tributaria los autores se disputan dos posiciones:

b.1) Algunos sostienen que en materia tributaria rige el principio de la responsabilidad objetiva, esto significa que para configurar la infracción tributaria basta la mera conducta contraria a la ley, sin que sea necesario imputar negligencia o dolo a la actuación del contribuyente. Lo anterior no rige tratándose de delitos tributarios que requieren del dolo.

El Servicio de Impuestos Internos ha señalado que las multas que impone el Código Tributario como sanción a los que hubieran cometido delitos tributarios son de carácter penal, y se rigen, salvo norma en contrario, por las del Código Punitivo. Por otra parte, en el caso de ser el ente adminis-



trativo quien las aplique, cuando el Director del Servicio decide no ejercer la acción penal, no altera su naturaleza penal (Manual de Consultas Tributarias, de la Asociación de Fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos, N° 165, septiembre de 1991, página 361).

b.2) Otros autores estiman que las infracciones tributarias, todas ellas, poseen un carácter eminentemente penal, esto es, sancionatorio, se trata de "castigos" que el legislador estima que deben aplicarse frente a la comisión de determinadas conductas. Por lo tanto, siempre se exige la concurrencia de un elemento subjetivo, en toda infracción tributaria, pues toda acción que tenga trascendencia jurídica, ya sea en el campo civil o penal, requiere de subjetividad, sea como dolo o a lo menos como una falta de diligencia o cuidado, esto es, culpa.

Por otra parte, esencialmente no puede negarse que las penas pecuniarias que afectan al patrimonio del contribuyente evidentemente poseen un carácter penal, cualquiera sea la sede en que se apliquen.

El profesor de Derecho Tributario don Sergio Endress Gómez, en su trabajo "Naturaleza de las Infracciones y Sanciones Tributarias", publicado en la Revista de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 72, de 1995, estima que "respecto de los bienes jurídicos afectados por una contravención o un delito, de los cuales carecería el derecho tributario al regular las infracciones o contravenciones menores, nos parece que la respuesta es clara. Las conductas sancionadas con multas, tales como la no presentación de declaraciones, informes o la inscripción en registros, por citar las más leves, están definidas y sancionadas porque revisten interés para la correcta recaudación y fiscalización de los recursos que el Fisco detraerá de los particulares. Como tales, estas infracciones han sido desvaloradas, porque el contribuyente que incurre en ellas impide u obstaculiza el cumplimiento fiel y oportuno de las finalidades estatales de índole patrimonial. Así, a vía ejemplar, el Fisco no podrá conocer quiénes ni cuántos serán los sujetos que pagan impuesto, cuándo y por qué la actividad, ni tampoco recibirá la restante información sobre el contribuyente indispensable para la fiscalización y recaudación cumplida de los ingresos estatales.

El que las contravenciones sean el incumplimiento de determinadas obligaciones con la administración no acarrea necesariamente que estas infracciones no protejan un bien jurídico muy preciso, que será el patrimonio fiscal, la Hacienda Pública, el erario o los intereses patrimoniales del Estado. Como lo indica Cury, citando las infracciones a la obligación de los conductores de transitar por la parte derecha de la calzada, contenida en la ordenanza del tránsito, como ejemplo: "Aunque situada un poco más

atrás, la salvaguarda de los bienes jurídicos se encuentra, pues, presente también en la adopción de opciones como la descrita; por eso la infracción escogida, en última instancia, apunta asimismo a ellos". Por otro lado, ni el sujeto que impone la sanción, ni la ausencia de la exigencia expresa en la letra de la ley, de culpabilidad, puede llevarnos a una decisión segura acerca de la naturaleza de la infracción o de su sanción. Tales son sobremanera en nuestra realidad supervivencias de una legislación imperfecta y no definen la esencia de las cosas".

Bien expresa E. Cury el tema comprometido, cuando indica que "es preciso reconocer que las sanciones gubernativas constituyen una necesidad impuesta por la complejidad de la vida en la sociedad contemporánea. Esta exige, en efecto, una regulación relativamente minuciosa en numerosas actividades que generan peligros graves o, incluso, daños para bienes jurídicos individuales o colectivos. Lógicamente, las infracciones más importantes a tales disposiciones deben y pueden ser reprimidas acudiendo a una pena criminal; existen muchas otras, de menor entidad, frente a las cuales también ha de reaccionarse con una sanción a la que, sin embargo, sería conveniente atribuir las mismas consecuencias de la penal, rodeando su irrogación de idénticas garantías". En el mismo sentido Sáinz de Bujanda expresa que sostener la identidad entre infracciones tributarias y las sanciones penales otorga una mayor protección que resulta de la aplicación de las garantías constitucionales y legales que rodean al debido proceso penal".

Ahora bien, existiendo jurisprudencia contradictoria, parte importante de ella estima que no estamos en presencia de infracciones meramente administrativas, sino de carácter penal, de forma tal que para su sanción se requiere el elemento dolo, al menos respecto de aquellas consideradas en el artículo 97 N°s 10 y 16 del Código Tributario.

En este sentido Sergio Endress cita las siguientes sentencias:

1. "Por otra parte, el precepto en análisis encierra un elemento penal, toda vez que establece en primer lugar una multa, susceptible de agravarse con pena corporal frente a reiteración de la infracción. Esto trae consigo, que la disposición debe aplicarse restrictivamente excluyendo un criterio analógico o de extensión, atendido el principio de tipicidad consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso último de la Constitución Política del Estado "Domingo Mamani con SII", Corte de Apelaciones de Arica, de 29 de noviembre de 1989, confirmado por la Excm. Corte Suprema, Gaceta Jurídica N° 122, agosto de 1990, p. 97.

2. "... 3°. Que es evidente que el bien jurídico protegido por el artículo 97 del Código Tributario es el interés fiscal, por lo que cabe analizar si los



hechos establecidos en autos han vulnerado tal interés y si, además, han sido realizados con tal objeto preciso, ya que en toda responsabilidad, ya sea civil o penal, debe existir el elemento doloso o culpable, ni que pueda escapar a este principio la legislación infraccional tributaria... 4°. Que en el presente caso, aunque objetivamente podría aparecer configurada una infracción, no concurren sin embargo los dos elementos a que se aluden en el razonamiento anterior, puesto que las circunstancias en que se emitieron las facturas irregulares y su reemplazo oportuno por las que legalmente correspondían permiten estimar que no ha cabido dolo ni culpa por parte del contribuyente, ni menos se ha producido en manera alguna perjuicio fiscal, todo lo cual lleva a acoger el reclamo interpuesto". Revista Impuestos, N° 28, Editorial Jurídica Conosur Ltda., febrero de 1993, pág. 102.

3. Se emite una guía de despacho sin consignar el precio unitario de la mercadería: "Que la infracción denunciada en autos, seguida de la confección inmediata de la factura de venta en la cual se hace mención a la guía cuestionada y en la que aparece el valor unitario de la mercadería, hace presumir a estos sentenciadores que no se está en presencia de una conducta dolosa o culposa que tenga por finalidad concretar una evasión tributaria. Se trata de una simple omisión que de ninguna manera produjo o puede producir un perjuicio fiscal". Revista Impuestos, N° 31, mayo de 1993, pág. 52.

4. Se utilizan boletas sin timbrar: "Que los antecedentes antes señalados, apreciados en conciencia como lo señala el art. 165 del CT, permiten tener por establecido que si bien objetivamente aparece configurada una conducta sancionada en el cuerpo legal antes mencionado, las circunstancias que rodearon la emisión de las boletas irregulares y su reemplazo por los documentos correspondientes; en especial, la conducta oportuna para corregir el error y la ausencia de perjuicio al Fisco, permiten concluir que no ha habido dolo por parte del contribuyente para atribuirle responsabilidad en los hechos representados por el SII, habiendo debido aceptarse, por tanto, la excusa de error involuntario alegado". Gasco S.A. con SII. Queja civil interpuesta en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Corte Suprema, 24 de Julio de 1990. Gaceta Jurídica N°121, julio de 1991, pág. 115.

5. "Que no se vislumbra, ni el Servicio lo acreditó, que en relación con los hechos investigados se haya producido un perjuicio al interés fiscal o que ello provenga de un acto doloso o culposo del contribuyente apelante. Es más, éste no cuenta con antecedentes tributarios que lo perjudiquen y prestó colaboración para el esclarecimiento de los hechos". Gaceta Jurídica, N° 131, Sociedad de Turismo Zenith Ltda., con SII, mayo de 1991, pág. 137.

6. "Que consta de autos de fojas 5, 10 y 37 que el contribuyente dio cumplimiento a lo dispuesto en el N° 16 del artículo 97 del Código Tributario y no existen antecedentes que permitan concluir que la pérdida de facturas sufrida por esta parte haya sido maliciosa, sino que tuvo el carácter de fortuita, por lo que no procede sancionar a la contribuyente". Revista Impuestos, N° 31, mayo de 1993, Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de abril de 1993.

7. "Atendido al mérito de los antecedentes, autos tenidos a la vista, Rol N° 701-94 RD de la Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro del Servicio de Impuestos Internos, de los cuales aparece que la corrección de la fecha en la guía de despacho a que se refiere el reclamo no puede estimarse en la especie constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, disposición legal que sanciona el no otorgamiento de dicho documento en la forma señalada en la ley y no la corrección de un simple error de referencia en cuanto la fecha del mismo sin que exista antecedente que tal enmendadura la haya efectuado el contribuyente con la intención maliciosa, se acoge el recurso de queja interpuesto en lo principal de fojas 2, sólo en cuanto se deja sin efecto la sentencia de veinte de octubre pasado, escrita a fojas 60 de los autos tenidos a la vista ..." Excma. Corte Suprema, Santiago, 25.04.95, Rol N° 5.768, queja civil.

c) Coercitivo. Existencia de las medidas desmotivadoras (sanciones) destinadas a castigar una conducta contravencional. El elemento coercitivo tiene por objeto desmotivar una actitud contravencional que pudiera resultar favorable al infractor, y por otra parte inducir a la ejecución de la conducta deseable.

3. Clasificación de las infracciones tributarias

A. Atendiendo a la naturaleza de la sanción. Podemos clasificarlas en: a) infracciones civiles, b) administrativas y c) delitos tributarios. El análisis de ellos es el siguiente:

a) Infracciones civiles:

Concepto: Es el retardo u omisión del pago de un tributo en que incurre el contribuyente, causando un daño al Estado, lo que es castigado con una sanción civil, esto es, el pago del impuesto reajustado con un interés de un 1,5% por cada mes o fracción de mes.

Sanción civil: Es la indemnización de perjuicios, consistente en intereses

moratorios y multas (recargos) que en forma fija o porcentual determina la ley por la mora u omisión en el pago de un tributo.

Características

- Es una indemnización de perjuicios
- Es un recargo de monto fijo o porcentual predeterminado.
- El acreedor no está obligado a justificar perjuicios
- Es compatible con sanciones de tipo penal o administrativo.
- Su aplicación no está sometida a procedimientos especiales, sino a un simple trámite de giro del Servicio o cobro adjunto con el impuesto por Tesorería. Ejemplos: Artículo 53 inciso 3° (intereses penales) y multas del Artículo 97 N°s 2 y 11.

b) Infracciones administrativas

Concepto: Es la violación dolosa o culpable de una obligación, de un deber o de una prohibición de carácter tributario, penada por la ley con una sanción administrativa, esto es, una multa.

Sanción administrativa: Es aquella que persigue un interés público mediante la aplicación de una multa, de una pena pecuniaria, regulada según la gravedad de la infracción y la calidad del infractor, entre un mínimo y un máximo.

Características

- Reviste el carácter de un castigo, aun cuando por su carácter pecuniario se asemeje a la sanción civil.
- Es regulable entre un mínimo y un máximo, según la gravedad de la violación y la personalidad del sujeto infractor.
- Se aplica mediante el procedimiento contencioso administrativo establecido en los artículos 161 o 165 del Código Tributario.

c) Infracciones penales

Concepto: Es la violación dolosa de las normas tributarias tendientes a evadir impuestos, sancionada por la ley con pena corporal y pecuniaria.

El dolo: Es uno de los elementos más característicos del delito tributario. Atendida la expresión "maliciosamente" que utilizan varios de los tipos penales tributarios del art. 97 del Código Tributario, los autores se disputan diversas teorías que intentan explicarlo. Se trata de una discusión interesantísima, pero que excede con mucho los límites del presente trabajo.

Pena corporal: Es la que consiste en la privación o restricción de la libertad del infractor. Sin perjuicio de lo anterior, los delitos tributarios llevan una pena de multa.

Características

- La pena corporal es compatible con sanciones de tipo administrativo y aún civiles.

- Dentro de la clasificación de los ilícitos penales en crímenes, simples delitos y faltas, los ilícitos penales tributarios pueden revestir la categoría de simples delitos (penas que van desde los 61 días hasta los cinco años) o de crímenes (cuando la pena va desde los cinco años y un día en adelante).

- Los juicios criminales por delitos tributarios pueden ser iniciados por querrela o denuncia del Director del Servicio de Impuestos Internos. Sin perjuicio de lo anterior, éste puede requerir del Presidente del Consejo de Defensa del Estado que esta institución ejerza la acción. Ahora bien, de acuerdo a la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, éste puede ejercer directamente la acción penal tributaria, tratándose de ilícitos sancionados con pena de simple delito. Por otra parte, será competente para conocer los procesos por delito tributario el juez del crimen de mayor cuantía de cualquiera de los domicilios del infractor (artículo 162 Código Tributario).

B. Atendiendo a la forma de actuar del contribuyente

De acción: Se quebranta una norma tributaria de carácter prohibitivo.

De omisión: Se quebranta una norma tributaria imperativa no ejecutando un acto positivo que tiene el deber jurídico de efectuar.

C. Atendiendo al procedimiento para sancionar

c.1. Infracciones a las que se aplica el procedimiento general del artículo 161 del Código Tributario.

- Aquellas establecidas en el artículo 97 N°s 3, 15, 16 del Código Tributario;

- Aquellas establecidas en los artículos 102, 103, 104, 109 del Código Tributario; y

- Aquellas establecidas en el artículo 97 N°s 4, 5, 8, 9, 12, 13, 14, 18 y artículo 100 cuando el Director renuncia al ejercicio de la sanción penal.

c.2. Infracciones a las que se aplica el procedimiento especial del artículo 165 N° 1 del Código Tributario

- Conductas sancionadas en el artículo 97 N°s 1°, 2° y 11 del Código Tributario.

c.3. Infracciones a las que se aplica el procedimiento especial del artículo 165 N° 2° del Código Tributario.

- Conductas sancionadas en el artículo 97 N°s 6°, 7°, 10, 17, 19 y 20 del Código Tributario.

c.4. Infracciones a las que se aplica el Código de Procedimiento Penal en forma supletoria (artículo 163 del Código Tributario)

- Conductas sancionadas en el artículo 97 N°s 4°, 5°, 8°, 9°, 10, 12, 13, 14 y 18 del Código Tributario.

Se observa que la infracción contemplada en el artículo 97 N° 10 puede revestir el carácter de delito tributario en el caso en que sea reiterada, según lo establecido por la propia disposición legal antes referida.

II. ANALISIS DE LA INFRACCION CONTENIDA EN EL ARTICULO 97 N° 10 DEL CODIGO TRIBUTARIO

La disposición en comento, establece lo siguiente:

“Artículo 97 Las siguientes infracciones a las disposiciones tributarias serán sancionadas en la forma que a continuación se indica: 10. El no otorgamiento de guías de despacho, de facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, en los casos y en la forma exigidos por las leyes, el uso de boletas no autorizadas o de facturas, notas de débito, notas de crédito o guías de despacho sin el timbre correspondiente, el fraccionamiento del

monto de las ventas o el de otras operaciones para eludir el otorgamiento de boletas, con multa del cincuenta por ciento al quinientos por ciento del monto de la operación, con un mínimo de 2 unidades tributarias mensuales y un máximo de 40 unidades tributarias anuales.

En el caso de las infracciones señaladas en el inciso primero, éstas deberán ser, además, sancionadas con clausura de hasta 20 días de la oficina, estudio, establecimiento o sucursal en que se hubiere cometido la infracción.

La reiteración de las infracciones señaladas en el inciso primero se sancionará además con presidio o relegación menor en su grado máximo. Para estos efectos se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a tres años.

Para los efectos de aplicar la clausura, el Servicio podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, la que será concedida sin ningún trámite previo por el Cuerpo de Carabineros, pudiendo procederse con allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario. En todo caso, se pondrán sellos oficiales y carteles en los establecimientos clausurados.

Cada sucursal se entenderá como establecimiento distinto para los efectos de este número.

En los casos de clausura, el infractor deberá pagar a sus dependientes las correspondientes remuneraciones mientras dure aquélla. No tendrán este derecho los dependientes que hubieren hecho incurrir al contribuyente en la sanción”.

La infracción en comento amerita el siguiente análisis:

1. Conductas sancionadas por la disposición legal en análisis

De acuerdo al texto de la citada norma, se encuentran sancionados los siguientes hechos:

- a) No otorgamiento de guías de despacho, de facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas en los casos en que la ley lo exige
- b) El otorgamiento de los mismos documentos sin cumplir con alguno de los requisitos legales o reglamentarios.

En este tema, con fecha 27.11.95, la Excma. Corte Suprema, resolvió que

la norma contenida en el N° 10 del artículo 97 del Código sanciona la falta de otorgamiento de documentos tales como boletas o guías de despacho en los casos y en la forma exigidos por la ley; en consecuencia, debe entenderse que la infracción puede consistir no sólo en la omisión del documento, sino en su otorgamiento defectuosos bastando para constituir la circunstancia de omitirse, por ejemplo, el número de RUT o el domicilio del comprador, o datar erróneamente el documento, tal como en la especie ocurrió.

En el mismo sentido, con fecha 27.10.94., la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en el expediente "Exportadora C. Las Nieves Ltda. con SII", confirmó la sentencia de primera instancia, en el sentido que en caso de traslado de una partida de madera efectuada por una sociedad contribuyente con giro comercial en elaboración y comercialización de madera, desde su barraca ubicada en una determinada localidad a otro punto del país, el otorgamiento de una guía de despacho sin indicar la sucursal de origen de la carga y emitida con fecha extemporánea, constituye una vulneración a la obligación establecida en los arts. 52 a 55 del D.L. N° 825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, sancionada por el N° 10 del art. 97 del Código Tributario, con una multa de 50% al 500% del monto de la operación, con un mínimo de dos unidades tributarias mensuales y un máximo de cuarenta unidades tributarias anuales y, además, con clausura del establecimiento infractor, hasta por veinte días. En el mismo sentido, la sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, 18.04.97., Recurso de Apelación Ingreso I. Corte N° 12-721. Caratulados "Comercial Madrigas S.A. con SII".

Por la inversa, con fecha 25.04.95., en los autos sobre Recurso de Queja ingreso Excma. Corte N° 5.768, el tribunal resolvió que "atendido el mérito de los antecedentes, autos tenidos a la vista, Rol N° 701-94RD, de la Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro, de los cuales aparece que la corrección de la fecha en la guía de despacho a que se refiere el reclamo no puede estimarse en la especie constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 97 N°10 del Código Tributario, disposición legal que sanciona el no otorgamiento de dicho documento en la forma señalada en la ley y no la corrección de un simple error de referencia en cuanto a la fecha del mismo sin que exista antecedente que tal enmendadura la haya efectuado el contribuyente con intención maliciosa, se acoge el recurso.

c) El uso de boletas no autorizadas o de facturas, notas de débito, notas de crédito o guías de despacho sin el timbre correspondiente.

d) El fraccionamiento del monto de las ventas o el de otras operaciones, para eludir el otorgamiento de boletas.

En este sentido, con fecha 24.07.96, la Excma. Corte Suprema, en Recurso de Queja Ingreso Excma. Corte N° 1.401-96, declaró sin lugar el recurso en cuestión, confirmando la resolución del juez tributario que desechó el reclamo del contribuyente, por estimar que la falta en que incurrió la resolución objeto del presente recurso no reviste los caracteres de gravedad a que se refiere el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales. Lo expuesto, atendido el mérito de los antecedentes y lo informado por los señores ministros recurridos en el sentido que el caso de la infracción a la obligación prevista en los artículos 52 y 55 del D.L. N° 825, sobre IVA, consistente en haber fraccionado el monto de la operación para eludir el otorgamiento de boletas, y la sanción administrativa contemplada en el artículo 97 N° 10 del Código.

e) No emisión de guías de despacho cuando se efectúen traslados de bienes corporales muebles que no importen o constituyan ventas (artículo 55 inciso final D.L. N° 825).

2. No emisión de facturas o boletas por ventas o servicios exentos de IVA

La Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, artículo 52 del D.L. N° 825, establece que la obligación de emitir facturas o boletas, según el caso, regirá aun cuando se trate de convenciones que versen sobre bienes y servicios exentos de dichos impuestos. En consecuencia, la infracción en comento se tipifica a pesar que la venta o el servicio por el que deban emitir se encuentren liberados de impuesto.

3. No emisión de boletas por servicios profesionales

También la Ley sobre Impuestos a las Ventas y Servicios establece que la obligación de emitir boletas o facturas se hace extensiva a aquellas ventas o servicios en que no se aplique el impuesto a tales operaciones.

Por otra parte, el Código Tributario, en el artículo 88 inciso 3°, establece que "La Dirección podrá exigir el otorgamiento de facturas o boletas respecto de cualquier ingreso, operación o transferencia que directa o indirectamente sirva de base para el cálculo de un impuesto y que aquélla determine a su juicio exclusivo, estableciendo los requisitos que estos documentos deban reunir".

En virtud de ello, la Dirección Nacional de SII, por Resolución N° 1.414 Ex., publicada en el Diario Oficial del 6.11.78, estableció la obligación de los

profesionales liberales de continuar emitiendo boletas por los ingresos que perciban.

El incumplimiento a dicha obligación tipifica también la infracción prevista y sancionada en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario. En este sentido, con fecha 11.08.94., la Excma. Corte Suprema, en los autos sobre Recurso de Queja interpuesto por J. Nash T., Rol N° 4.177, resolvió desestimar el Recurso que había sido interpuesto por un profesional en contra de un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, toda vez que la omisión por parte de los profesionales de la obligación de emitir boletas por los honorarios o ingresos que perciben en razón de la prestación de servicios profesionales, hace incurrir al infractor en las sanciones que establece el art. 97 N° 10 del Código Tributario.

4. Reiteración

Cabe hacer presente que la reiteración de alguna de las conductas establecidas en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, transforma la infracción en un delito. Para estos efectos, se entiende que existe reiteración cuando se cometan dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a tres años.

En este sentido, con fecha 17.12.76., la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta estableció que en aquellas situaciones descritas en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, el elemento reiteración, necesario para que el contribuyente que incurra en las infracciones correspondientes sea sancionado además de la pena pecuniaria con pena corporal, está caracterizado por la comisión de dos o más infracciones, en la especie, consistente en el no otorgamiento de boletas en los casos y en la forma exigidos por las leyes.

Dada la trascendencia económica que tiene la comisión de estos delitos y la conveniencia de imponer sanciones que tiendan a prevenir este tipo de comportamiento ilícito, el Tribunal de Alzada estimó que no correspondía imponer al reo el mínimo de la pena privativa de libertad y, por otra parte, procedía imponer el máximo de la sanción pecuniaria.

Es así que el fallo confirmatorio, al elevar la pena impuesta en primera instancia, reemplaza la pena de prisión por la de quinientos cuarenta días de reclusión en su grado mínimo y condena al reo a pagar una multa de un monto igual al 200% de una unidad tributaria anual y a la suspensión de cargos y oficios públicos.

5. Responsabilidad del contribuyente por los actos de sus dependientes

Al respecto puede citarse la sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 11.01.96. recaída en los autos "Ex. Jaime Vargas Ponce con SII", en que se señala que si el contribuyente denunciado por infracción a la obligación prevista en los arts. 52 a 55 sobre impuesto a las ventas y servicios, consistente en haber fraccionado el monto de venta de mercaderías en su establecimiento comercial, al extenderse el original y copia de la respectiva boleta por montos diferentes, reclama contra dicho denunciado en conformidad al art. 165 del Código Tributario y reconoce la existencia de tal fraccionamiento, pero lo atribuye a la acción de ex empleados o ex dependientes suyos, alegando en sus descargos la inimputabilidad de esos hechos, procede confirmar la resolución del Servicio de Impuestos Internos que ordenó el giro de la multa y decretó la sanción de clausura, teniendo presente que de conformidad a lo dispuesto en el art. 2.320 incisos primero y quinto del Código Civil, toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado, así el empresario es responsable de los actos de sus dependientes, como ocurre en el caso de autos".

6. Normas referidas a la sanción de clausura

La Circular N° 72, del Servicio de Impuestos Internos, de 27.11.97, establece las siguientes normas respecto de la clausura:

a. Días que se fijan para la duración de la clausura. Estos deben corresponder a aquellos en los cuales el contribuyente, habitualmente, desempeña su actividad, razón por la cual no se imputarán a su cómputo los días en que el contribuyente no ejerce el comercio, industria o actividad de su giro. En consecuencia, si la clausura es de 12 días y se condonan 7, la sanción deberá aplicarse por 5 días activos, y si ella se inicia un día viernes y el contribuyente cierra los días domingo, el último día de la clausura será un día jueves, la cual deberá levantarse a la misma hora en la que se efectuó el cierre.

En este sentido, podemos señalar la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos Ingreso I. Corte N° 5044-97, de 23.03.98., en Recurso de Protección rechazado, sentencia confirmada por la Excma. Corte Suprema. El fallo dispone lo siguiente:

1) Que doña Nelly Cabrera Araneda interpone recurso de protección en



contra del señor Director del Servicio de Impuestos Internos, Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro, y de la fiscalizadora de ese Servicio, doña Genoveva Muñoz, ambos domiciliados en calle Santa Rosa 108, en razón de que la funcionaria referida, al ejercer facultades que no le correspondían vulneró sus derechos constitucionales, protegidos en el artículo 19 N°s 2°, 21, 22 y 24 de la Constitución Política de la República de Chile. Añade que por Resolución de fecha 16 de octubre de 1997, dictada por esta Corte, que confirmó la sentencia apelada, de 17 de abril de 1997, dictada por el juez tributario don José Gómez Acuña, en los autos Rol 636-97, sobre reclamación por ella interpuesta, fue condenada al pago de una multa a beneficio fiscal por la suma de \$ 415.800 y a la clausura de su establecimiento comercial por el término de ocho días hábiles.

Posteriormente, con fecha 6 de diciembre de 1997, fue notificada personalmente, en su domicilio, por la funcionaria recurrida del aviso de clausura que la afectaba, a contar del día 10 de diciembre de 1997. En efecto, el día 10 de diciembre, a las 11:30 hrs., la recurrida procedió a clausurar su local comercial a contar de ese día y hora, hasta el 7 de enero de 1998, a las 11:30 hrs, levantando el acta correspondiente. Tal medida, agrega, es ilegal y arbitraria, toda vez que la funcionaria recurrida debió aplicar la clausura correspondiente sólo por el término de días que la sentencia declara expresamente, esto es, por ocho días hábiles, siendo, entonces, procedente la clausura sólo desde el día 10 de diciembre de 1997 hasta el 19 de diciembre de 1997;

2) Que... en cuanto al fondo, los informantes señalan que no ha habido ilegalidad ni arbitrariedad en el actuar que se les imputa, por cuanto para dar cumplimiento a la comentada sentencia, que impuso una clausura de ocho días hábiles al negocio de la recurrente, se dio estricta aplicación a la Circular N° 72, del 27 de noviembre de 1997, que sobre la materia dispone que para el cumplimiento de estas sanciones se debe tener presente cuáles son los días que los contribuyentes afectados habitualmente desempeñan su actividad. En la especie, añaden, no se pudo establecer que la recurrente abriera su local sino dos días a la semana, de allí el lapso que se determinó para su clausura;

3) En la parte relativa a las clausuras, la Circular N° 72, del 27 de noviembre de 1997, del Servicio de Impuestos Internos, dispone: En cuanto a la clausura, debe tenerse presente que los días que se fijan para la duración de la pena deben corresponder a aquellos en los cuales el contribuyente, habitualmente, desempeña su actividad, razón por la cual no se imputarán a su cómputo los días en que no ejerce el comercio, industria o actividad de su giro...;

4) Que mediante Memo N° 64, del 11 de febrero último, emanado del Jefe del Departamento Inspección General de la Municipalidad de Independencia, agregado a fojas 138, se estableció que la dirección Calle Hipódromo Chile 1715 corresponde al Hipódromo Chile y no existe ningún tipo de negocio en el exterior. La señalada dirección corresponde además, a aquella de la actora, conforme se desprende del propio recurso de fojas 8. Por otra parte, la recurrente no ha acompañado antecedente alguno que permita justificar que su negocio esté abierto al público otros días aparte de aquéllos en que funciona el Hipódromo Chile, esto es, dos días por semana. Corresponde, entonces, dar por sentado que el local de que se trata funciona dentro del recinto del Hipódromo Chile y, por otra parte, no se ha comprobado que atienda otros días aparte de los que funciona dicho hipódromo. Debe, por lo tanto, concluirse que el acta de clausura (fojas 4) que comunica esa medida, desde el 10 de diciembre de 1997, hasta el 7 de enero último, comprende cuatro semanas y se cuenta desde un día miércoles, desde las 11:30 horas, hasta otro miércoles, hasta la misma hora. Por consiguiente, al funcionar sólo dos días por semana el local afectado, la clausura real que se aplica es de ocho días hábiles”.

b. La sentencia que aplica la clausura señalará la fecha en que se efectuará el cierre del establecimiento y aquella en que se pondrá término a la clausura.

c. La clausura tiene por objeto privar al sancionado del ejercicio de la actividad en la oficina, estudio, establecimiento o sucursal en que se hubiere cometido la infracción, por lo que en aquellos casos en que el cierre del lugar no sea posible o no baste para lograr el objetivo, podrán tomarse otras medidas que produzcan el mismo efecto, tales como sellar maquinarias, bodegas, depósitos, etc.

d. En el caso de predios agrícolas, siempre será posible clausurar las oficinas administrativas, cuidando que la documentación necesaria para la venta y traslado de productos, como boletas, facturas y guías de despacho queden dentro del recinto clausurado.

e. Tratándose de casa-habitación, se deberán reunir todos los efectos de comercio de la industria o actividad en una de las piezas, la cual será objeto de la clausura.

A este respecto, la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, conociendo de un recurso de apelación deducido por un contribuyente en contra del fallo de primer grado pronunciado por el juez tributario de la XII Dirección Regional del Servicio de Impuestos Internos, declaró la imposibilidad legal de aplicar la penal de clausura que establece el N° 10 del artículo 97

del Código Tributario, por el hecho que el establecimiento del infractor sirva también como casa-habitación de aquél, con una sola puerta de acceso.

La Corte señaló: “Que en cuanto a la petición subsidiaria de revocar el fallo apelado, en orden a dejar sin efecto la sanción de clausura de la oficina del profesional reclamante, por corresponder también a su domicilio o residencia, contándose al efecto con una sola puerta de acceso, debe dejarse consignado que por razones de texto legal ello no resulta posible, por cuanto la normativa aplicable no contempla la referida posibilidad, como en el caso del art. 170 de la Ley N° 17.105 sobre Alcoholes, que prevé una sustitución por prisión incommutabile, teniéndose además presente que en materia sancionatoria la interpretación debe ser siempre restrictiva, sin que pueda aplicarse la analogía”.

f. La clausura que corresponda aplicar por infracciones cometidas en los stands o locales instalados en ferias o exposiciones, tales como FISA, FERIA DEL HOGAR, etc., deberán llevarse a efecto en el establecimiento principal del contribuyente, en razón de que no es aplicable lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 97 N° 10 del Código, puesto que éstos no pueden considerarse como una sucursal. Ahora bien, esta situación debe comunicarse oportunamente a los expositores, antes del comienzo del evento.

g. El Servicio ha resuelto que si se notifica la resolución que ordena la clausura y posteriormente el establecimiento cambia de dueño, procedería igualmente la aplicación de la sanción, toda vez que el nuevo dueño adquiere éste con todos sus gravámenes. Algunos estiman que esta norma viola principios básicos de Derecho Penal, en virtud de los cuales no puede aplicarse una sanción a quien no haya realizado la conducta descrita por la ley.

h. El traslado físico del local sujeto a la clausura no afecta a la medida.

i. No procederá la clausura de notarías, archiveros ni conservadores, en atención a su carácter de auxiliares de la Administración de Justicia.

7. Análisis del término “otorgamiento”

La ley utiliza la expresión “no otorgamiento”. ¿Cuál es el sentido de la misma? La verdad es que esta discusión reviste más importancia respecto de las boletas, que en relación a otros documentos, toda vez que se trata de documentos que no entregan ningún derecho al comprador. De esta forma, existen tres posiciones doctrinales:

- a) La obligación de otorgar el documento se entiende cumplida al escribir el documento;
- b) Para entender cumplida la obligación de otorgar el documento no basta con escribirlo, sino que éste debe ser desprendido del talonario; y
- c) La obligación se cumple en la medida que el documento se entrega al comprador. Esta tesis guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 97 N° 19 del Código Tributario, norma que sanciona al comprador que no exige el documento y lo retira del local. Evidentemente no podrá retirarlo si previamente no se lo han entregado.

En abono de esta última tesis, con fecha 22.10.79, la ltima. Corte de Apelaciones de Temuco, en Recurso de Protección interpuesto por doña Irma Reydet e Hijos, falló que aunque sea efectiva la alegación del reclamante en cuanto a que extendió oportunamente la boleta y que el comprador no la recibió en ese momento, aduciendo que regresaría de inmediato a efectuar una mayor compra, toda vez que la infracción se habría producido de igual forma, ya que emitir, que es el verbo rector en el texto que describe la obligación, no sólo importa el deber de extender o escribir el pertinente documento, sino también, de acuerdo la léxico y a la lógica natural de este quehacer, la de entregarlo o ponerlo en manos del consumidor, como claramente se desprende de los artículos 52 y siguientes del D.L. N° 825, en el momento de la entrega real o simbólica de las especies.

“Emitir” es extender y entregar, o dar junto al intercambio, en las prestaciones de las partes, y no solamente escribir y guardar la boleta hasta cuando el comprador quiera tomarla y retirarla. Por consiguiente, en la especie no se otorgó la boleta en la forma exigida por la ley, quebrantándose así la norma regulada por el N° 10 del artículo 97 del Código Tributario.

Por la inversa, con fecha 18.10.83., en los autos sobre Recurso de Queja Ingreso N° 2.766, la Excma. Corte Suprema estableció: “ 5. ... lo que en su virtud se exige es la emisión de las boletas y lo que correlativamente se sanciona es el no otorgamiento de ellas. No puede entonces entenderse, que la obligación de emitir boletas implique la de entregarlas, ni que la sanción prevista para su no otorgamiento sea extensiva a la no entrega, supuesto que la acción de emitir u otorgar es distinta que la de entregar, y por lo tanto, la emisión queda perfeccionada con prescindencia de la entrega; 6. Que a lo anterior cabe agregar que el legislador distinguió claramente ambos conceptos, puesto que en el mismo artículo 55 del Decreto Ley N° 825 hizo extensiva respecto de la obligación de otorgar guías de despacho, situación también prevista en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, la de emitir y entregar ese documento al adquirente. Por otra

parte, en la denuncia que se le practicó al recurrente, el funcionario fiscalizador también hizo esa diferencia, al concretarla a la no entrega de la boleta, reconociendo el informe de fojas 3, que dichas boletas fueron emitidas en los meses de marzo y abril de 1982... 7. Que el Código Tributario impone implícitamente la obligación de entregar la boleta respectiva, pero sólo en relación al adquirente, ya que el artículo 88 del indicado cuerpo de leyes, luego de señalar a los sujetos obligados a otorgar y emitir facturas o boletas, coloca como carga del beneficiario la de exigirla y retirarla del local o establecimiento comercial del emisor, lo que está en concordancia con la figura del N° 19 del artículo 97 del referido Código, que distingue entre la obligación del comprador, primeramente de exigir el otorgamiento de la factura o boleta; y en seguida, la de retirarla del local o establecimiento del emisor y es evidente que en este último caso presupone la entrega de dicho comprobante luego de su otorgamiento...".

8. El perjuicio fiscal

Al analizar la exigencia del elemento subjetivo en las infracciones (dolo o culpa), varias de las sentencias extractadas del trabajo de Sergio Endress hacen mención a la inexistencia de perjuicio fiscal.

Estimamos que éste no forma parte del tipo descrito por el legislador en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, no es un elemento del tipo. Así las cosas, la no existencia de perjuicio fiscal debería tener sólo el carácter de atenuante, según lo dispuesto en el N° 5 del artículo 107 del Código Tributario.

9. Jurisprudencia referida a la infracción en comentario

A continuación, se extractan pasajes de determinadas sentencias que establecen situaciones particulares respecto de la infracción en análisis. Ellas son las siguientes:

1. Corte de Apelaciones de Santiago, 15.03.96. autos caratulados "Aguirre Delgado y Cía. Ltda. con SII". Se señala que en el caso en que una empresa con giro comercial de restaurante en una visita inspectiva practicada por funcionarios fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos, es denunciada por la no emisión de boletas correspondientes a ventas del ramo, por comparación entre los vales de la máquina registradora del negocio por ventas efectuadas y las boletas otorgadas, es dable concluir que tal diferencia debe atribuirse a ventas no documentadas, lo que constituye una vulneración a la obligación establecida en los arts. 52 a 55 del D.L.

N° 825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, sancionada por el N° 10 del art. 97 del Código Tributario, con multa del 50% al 500% del monto de la operación.

2. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 12.08.96, autos caratulados "Morelia Reyes y Cía. Ltda. con SII". Se establece que en el caso que una sociedad con giro comercial de pesquería y conservera, que tiene la calidad de agente retenedor del IVA por las compras de especies hidrobiológicas que efectúe, según lo dispuesto en una resolución del Servicio de Impuestos Internos, no emite factura de compra al adquirir centollas vivas, vulnera lo dispuesto en el art. 52 y siguientes del D.L. N° 825, de 1974, configurándose la infracción tributaria que describe y sanciona el art. 97 N° 10 del Código Tributario. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en la resolución que le otorgó a la denunciada la calidad de agente retenedor del IVA, en la venta de especies hidrobiológicas, los adquirentes pasan a ser los sujetos del impuesto al valor agregado, debiendo retener dicho tributo en cada ocasión en que adquieran dichos productos, salvo que se trate de ventas entre retenedores, lo que no ocurre en la especie, toda vez que la vendedora de las centollas no poseía la calidad de retenedora en la época en que se produjo la venta.

3. Corte de Apelaciones de Santiago, 11.04.96, autos caratulados "Lobato Industrial S.A. con SII". La sentencia señala que en el caso en que una empresa con giro comercial de abarrotes compra bienes corporales muebles en un remate efectuado en una ciudad del país y luego contrata los servicios de transportes necesarios para el traslado de dichos bienes a otra ciudad del territorio nacional, si funcionarios fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos verifican en un control carretero que ese traslado no estaba respaldado por la guía de despacho correspondiente, toda vez que la guía de despacho emitida por la empresa que efectuaba el transporte de las especies al ser exhibida consignaba como dirección una calle de la ciudad en que se había efectuado el remate de las especies, y no el lugar de destino de esos bienes, procede cursar una denuncia a la empresa propietaria de las especies, por infracción a las obligaciones establecidas en los arts. 52 a 55 del DL. 825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, lo que hace incurrir al contribuyente infractor en las sanciones que establece el art. 97 N° 10 del Código Tributario.

4. Corte de Apelaciones de Arica, 13.07.95, autos caratulados "Maldonado I. con SII". El fallo establece que a una empresa con giro comercial de importaciones al practicársele una auditoría a los registros contables por funcionarios fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos, y posteriormente inventario de sus existencias de mercaderías se le detecta un faltante de inventario, por comparación entre sus facturas de compras e inventa-

rio, es dable concluir que dicho faltante corresponde a ventas no documentadas, lo que hace incurrir al contribuyente infractor en las sanciones que establece el art. 97 N° 10 del Código Tributario, ya que vulnera lo dispuesto en el art. 52 y siguientes del D.L. N° 825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios.

5. Corte de Apelaciones de Santiago, 04.07.96, autos caratulados "C.C.A. y Cía. Ltda. con SII". Establece que en el caso en que una sociedad con giro de fabricación y comercialización de artículos de calzado, entrega mercaderías a uno de sus vendedores por medio de una guía de despacho, cuyo detalle corresponde a mercadería en tránsito para posible venta, para los efectos de comercializarla en determinadas regiones del territorio nacional, quien debía vender a comerciantes y no al detalle, si ese vendedor desobedece tales instrucciones, ya que es sorprendido por funcionarios fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos vendiendo zapatos en la feria libre de una ciudad del país, sin otorgar documento legal, procede confirmar la resolución del juez tributario que ordenó el giro de la multa y decretó sanción de clausura. Lo anterior, atendido a que la no emisión de boleta por dichas ventas vulnera la obligación establecida en los arts. 52 a 55 del D.L. N° 825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, infracción sancionada en el N° 10 del art. 97 del Código Tributario.

Bibliografía:

1. Separata titulada "Naturaleza de las Infracciones y Sanciones Tributarias", de Sergio Endress Gómez. Revista de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 72, 1995.
2. Gaceta Jurídica.
3. Revista Impuestos.
4. Revista Fallos del Mes.
5. Circular N° 72, 27.11.97, del Servicio de Impuestos Internos.
6. Página Web del Servicio de Impuestos Internos.



Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*

Enrique Alcalde Rodríguez

Profesor de Derecho Civil

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

*Piénsase que lo justo es lo igual; y así es;
pero no para todos, sino para los iguales.*
Aristóteles

Algunos años atrás, oí decir a un político-empresario que "todos somos iguales, pero algunos más iguales que otros". Con esta cita –original de Orwell– pretendía ironizar respecto de la situación originada con motivo de la diferencia de precios que se verificó en la transacción de acciones, de distinta serie, de una misma sociedad de inversiones chilena.

La crítica implícita en la afirmación, que naturalmente es susceptible de despertar simpatía en la generalidad de un auditorio, suele, sin embargo, ser formulada con la superficialidad propia de una arenga electoral. Sucede que mientras es común estimar injusto el "tratar de manera desigual a los iguales", muchas veces se ignora que tan arbitrario como ello es "tratar de una forma igual a los desiguales". Precisamente una de las principales causas de las disputas que se plantean, como nos advierte ya "el Estagirita", radica en el hecho de que algunos individuos, que no son iguales entre sí, reclamen o pretendan, no obstante, recibir partes iguales.¹

En definitiva, en aras de buscar la igualdad como un bien en sí mismo o como un valor absoluto, algunos olvidan que la propia virtud de la justicia, entendida como "dar a cada uno lo suyo", precisamente demanda imponer un "trato desigual" a sujetos que, solo en apariencia, enfrentan una misma situación.²

* El presente trabajo constituye parte de una obra más general, también de nuestra autoría, que actualmente se encuentra en etapa de redacción. Asimismo, aprovechamos de agradecer de manera especial la colaboración de nuestros ayudantes Luis Orellana R. y Marie Laure Martínez, por su valiosa cooperación en la búsqueda y recopilación de material bibliográfico para dicho trabajo.

¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*.

² Una clara manifestación de lo dicho la encontramos, precisamente, a propósito de uno de los temas de estas notas, cual es el del "principio de la igualdad de los accionistas". A este respecto, nuestro legislador no concibe dicho principio en términos absolutos, expresando, luego de señalar que "el capital social estará dividido en acciones de igual valor", que "Si el capital social estuviere dividido en acciones de distintas series, las acciones de una misma serie deberán tener igual valor". Art. 11, Ley N° 18.046.

Estas consideraciones, así como las iniciativas legales que desde hace largo tiempo se debaten en nuestro país a fin de regular los intereses que poseen los diversos tipos de accionistas de una sociedad anónima, nos han motivado a presentar algunas consideraciones acerca de los principios y disposiciones legales que, conforme a nuestra normativa vigente, gobiernan esta órbita de las relaciones jurídicas.

Independientemente de todas las doctrinas que se han elaborado a fin de explicar la naturaleza jurídica de la sociedad anónima, así como de la evolución histórica que ha tenido el concepto, nos parece que la mejor aproximación a este tema debe partir de una simple constatación fáctica: **en la moderna sociedad anónima se advierte una clara y cada vez más pronunciada separación entre la propiedad y la administración de la compañía** o, en palabras de otros, de una división entre el capital de control y el capital de ahorro.³

Como bien dice un autor, hoy en día el mando en la sociedad ha dejado de pertenecer a la junta y está en manos de los administradores y del grupo de control,⁴ originándose, en definitiva, una suerte de “revolución de los managers”, que, en verdad, corresponde más bien a una “tecnocratización” de la anónima,⁵ siendo lo clave la gestión del capital antes que su propiedad.

En este sentido, creemos que el actual escenario ha superado las antiguas concepciones acerca de la sociedad anónima, cuyo funcionamiento, aunque en último término fundado en la riqueza o en el capital (“una acción, un voto”), se pretendía fuera el espejo de una “democracia”. De un tiempo a esta parte, en cambio, tales nociones han cedido su puesto a formas de gobierno que a nuestro entender se asemejan más a una “aristocracia” basada en el talento y en la experiencia.

Son diversos y de variada naturaleza los hechos en que se manifiesta este divorcio entre el dominio del capital y la propiedad del control. Así, a diario observamos un acentuado absentismo en las juntas de accionistas, en gran medida producto del incremento en el tamaño de las sociedades y, por lo mismo, de la considerable dispersión de votos que existe en ellas. Esto, a su vez, trae aparejada la usual ineptitud o incapacidad de las juntas para resolver, en términos oportunos y eficientes, los problemas que en la actualidad debe enfrentar una compañía.

³ PORFIRIO C., Leopoldo, *Las acciones sin voto en la Sociedad Anónima*, Ediciones La Ley, Madrid, 1991, pág.17.

⁴ ALBORCH B., Carmen *Las acciones sin voto*, Anuario de Derecho Civil, Vol. XXVII, Madrid, 1974, pág. 645.

⁵ MARTÍN V., Carlos, *Proteccionismo del accionariado y acciones de ahorro*, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pág. 54.

En nuestra opinión, la realidad descrita no es más que el reflejo de otra situación igualmente evidente y que arranca su origen en la distinta clase de intereses que persiguen quienes adquieren acciones de una sociedad.

Por un lado, nos hallamos con aquellos que buscan una inversión de largo plazo y cuyo principal interés consiste en la obtención de una renta periódica, segura y estable.

Una segunda clase de accionistas la constituyen individuos animados por un mero afán especulativo, que procuran una ganancia rápida mediante la compra y venta del título, y que son verdaderos transeúntes en la vida de la sociedad.⁶

Finalmente, encontramos el grupo que actúa inspirado principalmente por una motivación empresarial, y para los cuales lo esencial es dirigir los destinos de la compañía a través de su administración, siendo determinante en este sentido la titularidad y mantención del control.⁷

A nuestro juicio, cualquier regulación que hoy día se pretenda aplicar a la sociedad anónima debe partir por reconocer, como una realidad cierta y legítima, la existencia de los tres grupos de intereses que se han identificado, es decir, "inversor", "especulativo" y "empresarial". Tal reconocimiento, en el ámbito de estas notas, nos lleva a plantearnos la situación normativa en que se hallan aquellos accionistas que, ya sea desde la fundación de la compañía o con posterioridad a su creación, se han incorporado a ella con la idea de participar activamente en la gestión del objeto social, ejerciendo el control sobre sus decisiones más relevantes.

Desde el punto de vista de las causas o motivaciones que inducen a que

⁶ A propósito de los dos tipos de intereses que se han enunciado, Martín advierte que "la sociedad anónima es un mecanismo colector de capital y, por lo mismo, el ingreso del socio en ella no está fijado por un impulso empresarial, sino más bien por un impulso inversionista". Op. cit. pág. 70.

⁷ Al referirnos a este grupo pensamos en sujetos comprometidos realmente con la suerte y destino de la empresa, atendida la propia participación –y por ende interés patrimonial propio– que éstos tienen en el **valor económico** (no necesariamente reflejado de manera matemática en el capital accionario) de la misma. Por tanto, no cabe confundir a este grupo con aquel conformado por los llamados "*directores profesionales*", que postulan a convertir su integración a tales órganos en su verdadero oficio o profesión, colocándose en una suerte de "limbo empresarial" ajeno, absolutamente, a cualquier tipo de relaciones con todo grupo de interés o de accionistas. Asimismo, tampoco se identifican con las concepciones "publicistas" que se han formulado respecto de los grupos económicos, v.gr. la llamada "**teoría de Harvard**" de E. Merin Dodd, para la cual los directores de las grandes sociedades anónimas han de considerarse fideicomisarios, no solamente de los accionistas, sino también de toda la comunidad, incluyendo los acreedores, los trabajadores, los clientes, el Estado, etc., transformándose así en una especie de "servidores cuasi públicos". **MARTORELL, Ernesto**, *Los grupos económicos y de sociedades*, Ad. Hoc. S.R.L., Buenos Aires, 1991, pág. 59.

determinados sujetos se planteen como objetivo el poseer el control de una sociedad, aunque carezcan de la mayoría –o incluso de una participación significativa– del capital, cabe advertir que la gama de posibilidades puede ser amplísima, partiendo desde la finalidad de dar vida y conducir la idea o proyecto empresarial que anima a sus fundadores, hasta encontrarnos con inspiraciones meramente subjetivas y personales, como, por ejemplo, el mantener un determinado negocio en manos de una misma familia.

Analizado el tema desde una perspectiva jurídica, son también múltiples los instrumentos que contempla el ordenamiento legal a objeto de permitir la concreción de tales iniciativas. Así, por ejemplo, para estos fines se puede recurrir a las cadenas de sociedades basadas en la estructura de una última “holding” que dirige la actuación de las distintas compañías que sirven de eslabón en la misma.

Otro mecanismo al que usualmente se recurre consiste en dividir el capital social en distintas series, estableciendo las denominadas “*acciones sin voto*” o “*con derecho de voto limitado*”. Según apunta un autor, en estos casos se trata de “diversificar los derechos pertenecientes a las diversas categorías de acciones a fin de privar a la mayor parte de ellas del derecho de voto, dejando sólo a una determinada categoría, o a una categoría que represente sólo una pequeña parte del capital, el ejercicio de aquél”.⁸ Esta especial clase de acciones, cuando es creada una vez funcionando ya la sociedad anónima, sirve también a los propósitos de capitalizar la compañía a través del aporte de recursos frescos que no suponga un riesgo, para el grupo dominante, de enajenar el control e influencia que ejerce sobre la sociedad.⁹⁻¹⁰

Un tercer mecanismo, que en la generalidad de los casos, dada su propia naturaleza, se halla escasamente reglamentado, se relaciona con lo que el derecho anglosajón llama “*corporate proxy machinery*” y que comprende todos los instrumentos materiales, v. gr. servicios postales, campañas de recolección de poderes, etc., obtenidos ora gratuita ora remuneradamente,

⁸ Porfirio C., op. cit. pág. 44.

⁹ En este sentido, tales títulos vienen a ser “un instrumento de recapitalización, e incluso de reorganización y reestructuración empresarial, que permite adecuar la relación entre fondos propios y fondos ajenos”. MENÉNDEZ M., Aurelio, y BELTRAN S., Emilio, *Las acciones sin voto: Comentario a los artículos 90 a 92 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1989, pág. 10.

¹⁰ Si bien es cierto dicho mecanismo constituye un medio de autofinanciación, se puede decir que éste no reporta mayor riqueza al accionista, toda vez que no percibe directamente un dividendo. No obstante, ese mismo accionista se verá recompensado por contar con una participación en un capital mayor al momento de la liquidación. Asimismo, y como expresa Porfirio Carpio en su obra ya citada, “la emisión de acciones sin voto evita el problema de la sobrevaloración de las acciones en el mercado financiero y el de la devaluación monetaria”.



con el fin de obtener delegaciones de voto suficientes para asegurarse un control fáctico o de hecho sobre la compañía.¹¹

Finalmente, el objetivo propuesto puede ser alcanzado recurriendo a los denominados “acuerdos de sindicación de acciones” o “sindicatos de voto”, los cuales podemos definir como aquellas convenciones, de naturaleza parasocial o extrasocietaria, que celebran los accionistas para el ejercicio de los derechos emanados de la acción o de su calidad de socio.¹²⁻¹³

Para los fines propuestos en esta presentación, centraremos nuestros comentarios únicamente en dos de los mecanismos jurídicos que se han reseñado: la sindicación de acciones y las acciones sin voto o con derecho de voto limitado.

La sindicación de acciones

Si nos planteamos la causa o motivo –jurídicamente hablando– que induce a los particulares a celebrar este tipo de contratos, nos encontraremos con que los propósitos que pueden animar a las partes a convenirlos son casi tan ilimitados como la imaginación y creatividad humana sean posibles de concebir.

Según anotamos poco más arriba, una de las principales motivaciones dice relación con la necesidad de conseguir, precisamente en procura del interés social, una mayoría estable que permita la gobernabilidad de las modernas sociedades anónimas. Como es sabido, éstas se caracterizan por la presencia de diversos tipos de accionistas, correspondiendo una buena parte de ellos a sujetos que tienen la mira puesta en la coyuntura bursátil más que en la consecución de los objetivos sociales de largo plazo o de carácter permanente que han inspirado la constitución de la compañía. Se trata, como dice Pedro, de personas a quienes no les interesa el porvenir social, ya que no piensan quedarse demasiado tiempo dentro de la sociedad, prefiriendo un beneficio inmediato a un porvenir brillante pero remoto.

Junto a tales accionistas, consignamos la existencia de otros que, también

¹¹ Según observa Eisenberg, este mecanismo “es imprescindible en las sociedades anónimas modernas para procurar la participación del accionista en la actividad decisoria fundamental”. Paz Arez R., José. *Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna Sociedad Anónima*, Revista de Derecho Mercantil, N° 143-146, Madrid, 1977, pág. 575.

¹² Solari C, Osvaldo, *Breves propuestas sobre la sindicación de acciones*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág.69. Otras definiciones pueden consultarse, en la misma obra, en los trabajos de Ricardo Oks (*La sindicación de acciones*) y de Ricardo A. Nissen (*Sindicación de Acciones*) y en el estudio de Lorenzo Mossa (*Los sindicatos de acciones*) R. D. Priv., Madrid, 1948, pág. 2.

¹³ Entre nosotros, se refiere a este tema Lyon P., Alberto. *Teoría de la Personalidad: Personas Naturales. Personas Jurídicas*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, págs. 206 a 211.

guiados por un afán inversor, pretenden sin embargo integrar la sociedad de una manera permanente, y para quienes lo fundamental es la estabilidad y proyección que a ésta pueda otorgarles el grupo de accionistas que posea su control y administración. Para estos casos, la sindicación asegura una mayoría estable y disciplinada que sirva al verdadero interés social, evitando así que la elección de Barrabás se repita en cualquier momento, e impidiendo que, como ocurre con el sufragio universal, se iguale el voto del indiferente con el del más consciente ciudadano.¹⁴

El mismo autor más arriba citado nos entrega una clasificación ordenada y sistemática acerca de los distintos tipos de sindicatos que distingue la doctrina, identificando al efecto, y por citar sólo algunos, los "sindicatos de mando" –en cierta medida equivalentes a los "voting trust" de la legislación norteamericana–, los "sindicatos de bloqueo" y los "sindicatos financieros".

Dentro de las modalidades señaladas, nos interesa destacar los primeros, caracterizados como convenciones en cuya virtud se acuerda coligar el poder de voto de las acciones que individualmente posee cada participante, para obtener, a través de esa actuación colectiva, una influencia sobre la voluntad social que no conseguirían por separado.¹⁵

Previo al análisis de la normativa legal aplicable a los convenios de voto, es oportuno advertir que la licitud de los mismos no se halla exenta de controversias a nivel doctrinario. Así, algunos tratadistas del derecho comparado se han pronunciado por la ilegitimidad de los mismos sobre la base de estimar, en definitiva, que el derecho de voto no es disponible ni renunciable por parte del accionista. En esta línea, algunos señalan que el "*intuitu pecuniae*" inherente al título, y representado principalmente por el dividendo, es indivisible de la facultad de votar; que admitir la cesión del voto, independiente de la transferencia de la acción, implicaría vaciar de contenido los intereses económicos de la misma; que si el legislador ha prohibido limitar en los estatutos la competencia y atribuciones de los órganos societarios –fundamentalmente de las juntas de accionistas–, por igual razón deben entenderse prohibidas las demás convenciones particulares que apunten a este mismo fin; que una predeterminación de la voluntad mayoritaria antes de realizar las asambleas supone que ésta pierda su sentido o razón de ser; o en fin, que tales convenciones serían contrarias al orden público económico.

¹⁴ Pedrol R., Antonio, *La Sindicación de Acciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado; Vol. XV, 1951.

¹⁵ Pedrol, op. cit., nota anterior, pág.35.

Como se podrá advertir, todas las críticas que se formulan respecto de la admisibilidad de los sindicatos de acciones parten de una misma concepción, a saber, una noción arcaica e intervencionista respecto del derecho de voto, el cual pasa a ser concebido como una "potestad" o "función",¹⁶ más que como un derecho subjetivo o facultad. Esta posición, como es obvio, es coherente con aquella que ve en la sociedad anónima un instrumento del bien superior de la comunidad o una "institución portadora del interés público".¹⁷

Hoy en día, en cambio, prima una visión más flexible sobre el derecho de voto, tendiente a sustituir la protección del interés capitalista contenido en el título –que antes se encomendaba al derecho de voto– por la protección proveniente de una mayor facilidad de impugnación de los acuerdos lesivos. En otras palabras, "preocupa cada vez menos cómo se forma la mayoría y preocupa cada vez más la corrección de los acuerdos adoptados por ella".¹⁸

Por nuestra parte, pensamos que el derecho de voto, aun cuando impone a su titular determinados deberes –como se deduce del artículo 30 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas–, constituye para éste una "facultad", de la cual puede disponer libremente a condición que con ello no se pretenda consumir un fraude a la ley, v.gr., escapar de una incapacidad legal, o abusar del derecho que deriva de su calidad de accionista.¹⁹ En definitiva, participamos de la opinión de quienes piensan que detrás de las posiciones que pretenden convertir el voto en un "deber", se esconde el espejismo producido por el peligroso trasplante de conceptos provenientes del derecho político al derecho aplicable a la sociedad anónima.²⁰

De otro lado, conviene destacar que aun en aquellos ordenamientos por los cuales se rigen quienes se pronuncian en contra del tráfico y comercio del derecho de voto, existen instituciones que precisamente suponen una división o separación entre dicho interés político y el interés propiamente

¹⁶ Mambrilla R., Vicente. *Caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1986, pág. 303.

¹⁷ Lyon, op. cit. pág. 201.

¹⁸ Pedrol. *La Evolución del concepto del Derecho de Voto en las Sociedades Anónimas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 940.

¹⁹ A este respecto, conviene tener presente la advertencia del profesor Pablo Rodríguez, quien, comentando los peligros que encierra una errónea o difusa conceptualización del llamado "abuso del derecho", hace ver que tal teoría "ha sido elemento predilecto de quienes adhieren al intervencionismo estatal o a la ingeniería social", señalando también que identificar este instituto con "restricciones impuestas por un genérico deber de no lesionar a "otro"... o con un ilícito sui géneris, nos arrastraría, a mediano o largo plazo, a la politización del derecho, al introducir, como condicionante del ejercicio del derecho subjetivo, elementos extrajurídicos de alto contenido ideológico". Rodríguez G., Pablo. *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, págs. 220 y 345.

²⁰ Pedrol, op. cit., en nota N° 14.

patrimonial asociado al dividendo. Tal es el caso, por ejemplo, de la constitución de derechos reales sobre la acción, como una prenda o usufructo, o bien la generación de derechos personales, como un arrendamiento del título. Entre nosotros, tales posibilidades se encuentran explícitamente contempladas en el artículo 65 de la Ley N° 18.045, conforme al cual “el ejercicio del derecho a voto y del derecho a opción por acciones constituidas en prenda, **corresponderá al deudor prendario**, y por acciones gravadas con usufructo, al usufructuario y al nudo propietario, conjuntamente, **salvo estipulación en contrario**”.

Si nos aproximamos a la materia desde el marco general de la disciplina jurídica, concluiremos que las convenciones sobre el voto responden, en el ámbito del Derecho Público, a una manifestación de la garantía constitucional del Derecho de Asociación y, desde una perspectiva privatista, al ejercicio del “principio de la autonomía de la voluntad” o “autonomía privada”. En este contexto, y sin perjuicio de lo que se dirá más tarde, no nos parecen serias las argumentaciones que procuran fundar su crítica en supuestas exigencias derivadas del “orden público económico” y que, en realidad, más parecen “peticiones de principios” inspiradas en la falencia de una real justificación jurídica.²¹ Sobre este particular, es oportuno recordar que “el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y **jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales**”.²²

A estos mismos respectos, estimamos que resulta particularmente ilustrativo traer a colación los pronunciamientos de la jurisprudencia argentina en relación al mismo tema. Dichos tribunales, que reiteradamente han debido abocarse al tratamiento de las convenciones sobre el voto, han fallado que: “*Campea un equívoco en la afirmación de la doctrina que impugna la validez de las convenciones de voto sobre la base de la violación a un principio societario esencial y tipificante, en razón de que a través de ella se conforma la voluntad social fuera de la asamblea, desvirtuando así a este órgano; pues en tal caso, lo que puede ocurrir es que la voluntad de los socios sindicados llegue predeterminada a la asamblea, pero la voluntad social será solamente aquella que resulte expresada en la reunión asamblearia*”.²³

²¹ Alcalde R., Enrique. *La Personalidad Jurídica y el Poder Sancionador de la Administración*. Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N° 1, Enero 2000, pág.183.

²² Feliú S., Olga. *El Ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N° 1, Enero 2000, pág.83.

²³ CN Com, Sala C, 22 de septiembre de 1982, ED, 100-654.

En otro fallo se expresa que *“el sindicato de la mayoría o de mando, está destinado fundamentalmente a desarrollar una determinada política de dirección, creando normalmente una situación favorable al interés social. Por consiguiente, mientras no se produzcan situaciones patológicas por las que el sindicato pretenda atentar contra el interés social perjudicando a los accionistas no sindicados, no ha de surgir conflicto entre lo que el sindicato persigue y lo que el administrador pueda dar al servicio del interés social”*.²⁴

Ahora bien, si analizamos la materia desde el punto de vista de nuestra legislación societaria y de valores, concluiremos que nuestro ordenamiento, aun careciendo de una reglamentación sistemática en el tema, sin duda alguna ha optado por reconocer la legitimidad y licitud de los sindicatos de acciones, a los que también podemos denominar, con una terminología más familiar entre nosotros, “pactos de accionistas” o “acuerdos de actuación conjunta”.

El artículo 14 de la Ley N° 18.046 alude a los acuerdos que la doctrina identifica con los “sindicatos de bloqueo”, definidos como aquellos que “tienden al mantenimiento del cuadro de accionistas mediante convenciones sobre la transferencia de acciones, implicando una restricción de naturaleza contractual a su transmisión”.²⁵

La mencionada disposición previene que:

“Los estatutos de las sociedades abiertas no podrán estipular disposiciones que limiten la libre cesión de las acciones”.

“Los pactos particulares entre accionistas relativos a cesión de acciones, deberán ser depositados en la compañía a disposición de los demás accionistas y terceros interesados, y se hará referencia a ellos en el Registro de Accionistas. Si así no se hiciere, tales pactos se tendrán por no escritos”.

De la norma transcrita se coligen al menos las siguientes conclusiones:

- a. Tratándose de sociedades anónimas **abiertas**, se prohíben las estipulaciones **estatutarias** que impliquen una limitación o restricción respecto de la libre cesibilidad de las acciones.
- b. Considerando lo preceptuado sobre la inadmisibilidad de tales convenciones respecto de las compañías abiertas, se infiere que en el caso de las sociedades anónimas **cerradas** no existiría inconveniente alguno para acordar esta clase de restricciones, incluso a nivel de estatutos.

²⁴ CN Com, Sala C, 22 de septiembre de 1982, ED, 100-655.

²⁵ Martorell, op. cit., pág. 208.

- c. Atendido, por una parte, que la materia abordada se rige por los principios propios del Derecho Privado –debiendo las normas prohibitivas ser interpretadas de manera restrictiva– y por la otra, que nuestra ley sólo impide establecer limitaciones a la cesión de la acción en el caso que ellas se contengan en los **estatutos** de una sociedad anónima **abierta**, fuerza es deducir que en aquellas compañías –y naturalmente también tratándose de las **cerradas**–, resulta plenamente lícito que los accionistas acuerden, mediante convenios particulares, restricciones a estos respectos; lo cual, según ya precisamos, no es sino reconocer vigencia al principio general de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación.

Sin perjuicio de lo dicho, reiteramos que el ámbito de aplicación de esta clase de convenios no se restringe a las materias señaladas: extendiéndose, según veremos, a cualquier objeto lícito y moral. Desde el punto de vista jurisprudencial, un interesante fallo²⁶ que se pronuncia respecto de la validez de estos pactos nos recuerda que el pilar fundamental del Derecho Privado está constituido por el principio de la autonomía de la voluntad, que viene entonces a erigirse en la regla general. Siendo el orden público una limitación a dicho principio y una excepción a la libertad contractual, cualquier restricción en la materia debe, en consecuencia, interpretarse siempre **restrictivamente**. En términos aún más concretos, se ha resuelto que al convenir o contratar las partes haciendo uso de su autonomía privada, no puede entenderse que se han alterado los intereses superiores de la colectividad **“sino cuando la propia Constitución o la ley lo señalen expresamente”**.

Si nos detenemos ahora en la legislación sobre mercado de valores, advertiremos que la Ley N° 18.045 dedica un título especial (Título XV) a reglamentar los grupos empresariales, los controladores y las personas relacionadas.

Para los efectos que nos ocupan, centraremos nuestra atención en aquellas normas que se refieren a los acuerdos de accionistas y las formas o modalidades que puede asumir el control que se ejerce sobre la sociedad.

Por de pronto, se hace necesario destacar que nuestro legislador ha sancionado, en términos explícitos, la legitimidad de que un determinado grupo de accionistas actúe motivado no sólo en función de **intereses comunes**, sino que a través de un conjunto de vehículos societarios **subordinados** a dicho interés común. Ello se desprende, inequívocamente, de la

²⁶ Sentencia arbitral en juicio “Inversiones Socorama S.A. con Carter Holt Harvey International Limited”, de fecha 9 de Abril de 1998, considerandos N°s 103 y 107.

propia definición legal de grupo empresarial que se contiene en el artículo 96 de la ley.²⁷

En seguida, la ley –también expresamente– se pronuncia en favor de la licitud de los llamados “sindicatos de acciones”, autorizando incluso aquellos que la doctrina comparada denomina “sindicatos de mando” y que en ciertos autores despiertan algún grado de resistencia. Sin ir más lejos, basta considerar que conforme al artículo 98 *“Acuerdo de actuación conjunta es la convención entre dos o más personas que participan simultáneamente en la propiedad de una sociedad, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas controladas, mediante la cual se comprometen a participar con idéntico interés en la gestión de la sociedad u obtener el control de la misma”*.^{28 - 29}

²⁷ Dicha norma establece que: “Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes **está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos**, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.

Forman parte de un mismo grupo empresarial:

- a) Una sociedad y su controlador;
- b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y
- c) Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias:
 1. Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías;
 2. Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda;
 3. Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y
 4. Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial”.

²⁸ El artículo 98 citado agrega, en sus incisos siguientes, que: “Se presumirá que existe tal acuerdo entre las siguientes personas: entre representantes y representados, entre una persona y su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, entre entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, y entre una sociedad y su controlador o cada uno de sus miembros.

La Superintendencia podrá calificar si entre dos o más personas existe acuerdo de actuación conjunta considerando, entre otras circunstancias, el número de empresas en cuya propiedad participan simultáneamente, la frecuencia de votación coincidente en la elección y directores o designación de administradores y en los acuerdos de las juntas extraordinarias de accionistas. Si en una sociedad hubiere como socios o accionistas, personas jurídicas extranjeras de cuya propiedad no haya información suficiente, se presumirá que tienen acuerdo de actuación conjunta con el otro socio o accionista, o grupo de ellos con acuerdo de actuación conjunta, que tenga la mayor participación en la propiedad de la sociedad”.

²⁹ Mayores antecedentes sobre la reglamentación de la materia en el plano administrativo pueden consultarse en la Circular N° 1030 (26.08.91) y sus diversas modificaciones, v. gr. Circulares N°s 1112 (11.02.93), 1162 (27.06.94), 1216 (11.05.95) y 1282 (16.05.96) de la SVS; así como en la Circular N° 1246, de 27.10.95, del mismo organismo.

Relativamente al tema del "control", el legislador ha distinguido dos formas o modalidades en que éste se puede expresar. Por un lado, nos encontramos con aquella especie que denominaremos "**control de hecho**", y, por el otro, lo que por oposición designaremos como "**control legal**".

Al primero alude el artículo 97 de la ley, cuando señala, entre los supuestos que permiten identificar al "controlador", a "*toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para... asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas...*" (art. 97, letra a).

La segunda especie de "control", en cambio, acorde con la misma disposición ya citada, es aquel que posee quien es capaz, por sí mismo o con otras personas a las cuales se vincula mediante un acuerdo de actuación conjunta, de "**influir decisivamente en la administración de la sociedad**". (art. 97, letra b). La propia ley, en su artículo 99, define a su vez cuándo existe o se ejerce esta clase de influencia sobre una compañía.³⁰

Finalmente, es oportuno hacer notar que la distinción entre "control de hecho" y "control legal" que hemos consignado, a nuestro juicio también aparece, aunque de manera implícita, en la Ley sobre Sociedades Anónimas (Ley N° 18.046).

En efecto, al definir la sociedad anónima "matriz", dicho cuerpo legal señala que es tal no sólo aquella que controla más del 50% del capital con derecho a voto de otra, sino la que "**pueda elegir ... o hacer elegir ... a la mayoría de los directores**" de la compañía "filial" (art. 86).³¹ De esta

³⁰ Al efecto, el precepto previene que "Se entenderá que incluye decisivamente en la administración o en la gestión de una sociedad toda persona, o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, controla al menos un 25% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, con las siguientes excepciones:

- a) Que exista otra persona, u otro grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que controle, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, un porcentaje igual o mayor;
- b) Que no controle directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas más del 40% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, y que simultáneamente el porcentaje controlado sea inferior a la suma de las participaciones de los demás socios o accionistas con más de un 5% de dicho capital. Para determinar el porcentaje en que participen dichos socios o accionistas, se deberá sumar el que posean por sí solos con el de aquellos con quienes tengan acuerdo de actuación conjunta;
- c) Cuando así lo determine la Superintendencia en consideración de la distribución y dispersión de la propiedad de la sociedad".

³¹ El Proyecto de Ley de OPAS y Gobiernos Corporativos, en tramitación legislativa desde hace años, plantea diversas modificaciones al artículo 54 de la Ley de Valores, **única disposición legal** que actualmente se refiere al proceso de toma de control de una sociedad anónima abierta. En lo que respecta a nuestro tema, se propone incorporar normas que implican un claro e inequívoco reconocimiento a las dos formas o especies de control a las cuales hemos hecho alusión. En concreto, la iniciativa de ley plantea introducir un precepto del siguiente tenor: "*Previo a la toma*



manera, estimamos indubitado que nuestra legislación, al igual que la mayoría de los sistemas comparados, entiende que el control de las sociedades puede ser legítimamente ejercido, tanto por la vía de la propiedad accionaria o de la tenencia del capital social, como a través de otros mecanismos que aseguren a un accionista o grupo de accionistas el ejercer una "influencia decisiva" en la "administración" o "gestión", v. gr. mediante la celebración de pactos o convenios o recurriendo a las "acciones sin voto" o "acciones con derecho de voto limitado", a las cuales nos referiremos a continuación.

Acciones sin voto o con derecho de voto limitado

Al referirnos a los mecanismos que suelen emplearse con el fin de procurarse el control de la sociedad, distinguimos una serie de modalidades que, aunque diversas entre sí, responden no obstante a la necesidad de satisfacer este mismo objetivo. Así, identificamos desde las formas más simples como la propiedad mayoritaria del capital; pasando por el control de hecho ejercido por una minoría –*working control*, en el derecho norteamericano–; la "*superposición en pirámide*"; el control de la administración, tra-

del control de una sociedad anónima que haga oferta pública de sus acciones, la o las personas que directa o indirectamente pretendan dicho control, deberán informar tal hecho al público en general. Para los fines señalados en el inciso anterior, la o las personas que directa o indirectamente pretendan obtener el control, enviarán una comunicación escrita en tal sentido a la sociedad anónima que se pretende controlar, a las sociedades que sean controladas por la sociedad cuyo control se pretende obtener, a la Superintendencia y a las bolsas de valores. Con igual objeto, publicará un aviso destacado en 2 periódicos de amplia circulación nacional. La comunicación y la publicación antes mencionadas, deberán efectuarse, a lo menos, con cinco días hábiles de anticipación a la fecha en que se pretenda perfeccionar el o los actos que permitan obtener el control de la sociedad anónima respectiva.

El contenido de la comunicación y la publicación señaladas en el inciso anterior será determinado por la Superintendencia, debiendo indicarse en ellos, a lo menos, la siguiente información:

"a) Si el control se pretende obtener por adquisición de acciones, deberá señalarse el precio acordado y detallar los contenidos de cualquier convención existente entre las partes que hayan de transferir el control. En lo relativo a la publicación, la información a que se refiere esta letra será publicada en extracto".

"b) Si el control se pretendiere obtener en una forma distinta, deberán detallarse las modalidades de la operación y el procedimiento que se utilizará para efectuarla".

"c) En ambos casos, deberán individualizarse quiénes serán el o los controladores finales y EFECTIVOS de la sociedad, si se perfeccionare la operación".

"Sin perjuicio de los contenidos antes señalados, en la comunicación que se envíe a la Superintendencia deberá detallarse el propósito de la toma de control, los planes futuros para la sociedad y revelar la existencia de todo acuerdo vigente o por perfeccionarse con los accionistas de la sociedad o con personas relacionadas a ellos. Asimismo, deberá detallar los efectos legales y económicos que el perfeccionamiento de los actos destinados a adquirir el control de la sociedad, previsiblemente, provocará al mercado y en la valoración de las acciones de la sociedad".

"La infracción a este artículo no afectará la validez de la operación u operaciones que permitan obtener el control. Sin embargo, otorgará a los accionistas o a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados, además de las sanciones administrativas y penales que correspondan. Asimismo, la o las operaciones que permitan obtener el control, serán consideradas en su conjunto, como una operación irregular para los efectos de lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, de 1980" (las itálicas, negritas y mayúsculas son nuestras).

tándose de aquellas compañías con una propiedad muy atomizada y carente de la menor cohesión; las “*partes de fundador*”;³² hasta llegar, finalmente, a los llamados “*sindicatos de mando*”, ya comentados en el acápite precedente.

Por otra parte, y desde el punto de vista de la ciencia económica, se postula que los mecanismos de control minoritario permiten a una sociedad anónima beneficiarse, entre otras, de las posibles ventajas de monitoreo y control que presentan las empresas familiares, sin tener que abdicar de los beneficios del profesionalismo de la gestión y la facilidad de acceso al mercado financiero y de capitales de que goza una sociedad anónima. Aun más, como expresan Shleifer y Summers,³³ los mecanismos de control minoritario proveen de los incentivos correctos para que el grupo controlador realice inversiones en capital específico, minimizando de este modo el riesgo de ser repudiada su inversión por el resto de los accionistas frente a un cambio en el control de la empresa.³⁴

Ahora bien, dentro de las formas jurídicas destinadas a satisfacer estos propósitos, existen también aquellas instituciones que se estructuran sobre la base de crear diversas clases de acciones al momento de reflejar la participación del socio en el capital de la empresa. Entre aquéllas, sin duda las más relevantes son las “*acciones de voto plural*” y las “*acciones sin voto o con derecho de voto limitado*”.³⁵

Las primeras pueden ser definidas como aquellas acciones cuya participación en el total de los votos es mayor que su participación en el total del capital.³⁶ En otras palabras, se trata de acciones “a las cuales se concede un mayor número de votos que los que habría de corresponderles en pro-

³² Otero Lastres, José Manuel, “*Las ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima*”. Rvta. de Dº Mercantil, Madrid, 1978, pgs. 7-50.

³³ Shleifer, A. y L. Summers, “*Breach of Trust in Hostile Takeovers*”, en “*Corporate Takeovers: Consequences*”, A. Aurbach ed. 1998, citados por Ricardo Paredes M, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile, “*Causas y Consecuencias del Control Corporativo*”, 1999, pg. 13.

³⁴ Paredes, op. cit., pg. 13.

³⁵ Bebchuck, Kraakman y Triantis (Stock Pyramids, CrossOwnership, and Dual Class Equity: The Creation and Agency Costs of Separating Control from Cash Flow Rights, NBER Working Paper, 1999), identifican tres formas contractuales que permiten separar el control de una organización de los derechos sobre los excedentes que ella genera, de suerte tal que un grupo de accionistas tenga la capacidad de mantener y cerrar el acceso al control de una empresa a pesar de poseer menos de la mayoría de los flujos de caja asociados a los títulos emitidos por la sociedad. Ellos son el “*control piramidal*”, el “*control cruzado*” y las “*acciones de distinta clase*”. En particular, se destaca, como la modalidad más simple y transparente para crear una estructura de control minoritario, la emisión de acciones de distinta clase, donde en forma explícita y directa se produce una separación del control de la empresa respecto de los derechos sobre los excedentes que ella genera. Paredes, op. cit., pág.8.

³⁶ Martín V., op. cit., pág 79.

porción al capital repartido”,³⁷ ilustrando, por su propia naturaleza, “la ruptura entre el voto y el capital social”.³⁸

Las segundas, en cambio, se caracterizan por el hecho de hallarse privadas del derecho de voto, o bien con este derecho limitado, por lo cual, y en compensación por tal circunstancia, atribuyen a sus titulares determinados privilegios de índole económico-patrimonial.³⁹ Según un autor económico, el éxito de este mecanismo “radica en que quienes ceden el control de la compañía –a cambio de mayores beneficios en dividendos– confían en que aquellos que sí lo posean les otorguen importantes beneficios económicos en el corto, mediano y largo plazo”.⁴⁰⁻⁴¹

De las dos clases o tipos recién reseñados, sólo nos detendremos a comentar estas últimas, toda vez que nuestra legislación, a diferencia de otras, prohíbe la creación de las acciones de voto múltiple o de voto plural.⁴²

Las acciones sin voto o con tal derecho limitado, constituyen, a su vez, una especie dentro del género de las “**acciones preferentes o privilegiadas**”, definidas como aquellas que “confieren a su titular un derecho “especial” sobre las ganancias (periódicas o finales) de la sociedad respecto del que corresponde a las acciones que, por implicar la asunción del riesgo en

³⁷ Pedrol, Antonio. *Defensa de las acciones de voto plural*, Revista de Derecho Mercantil, N° 15, Madrid, 1948, pág. 353.

³⁸ De la Cuesta Rute, José María. *Clases especiales de acciones y su problemática*, Revista de Derecho Financiero, Vol. XIII, Madrid, 1973, página 959.

³⁹ Porfirio Carpio, op. cit., pág. 237.

⁴⁰ Raineri B., Ricardo. *Buscando el Control Corporativo: El ingreso de Endesa España a la propiedad de Enersis*, Ediciones Universidad S. A. y M.N. Consulting Ltda., Santiago, 1999, pág. 88.

⁴¹ Aun cuando escapa de los propósitos de este trabajo, cabe advertir la situación que se produce en relación con el “premio” que se encuentra asociado al control una vez que éste es enajenado por su titular. Sobre este particular, Paredes nos dice que “El premio por control, asociado a las inversiones realizadas por el grupo controlador en actividades de monitoreo y control, y asociado a la inversión que realiza el grupo controlador en capital humano específico, como también los “Golden Parachutes”, buscan proteger ex-post una inversión específica con carácter de costo hundido y de fácil expropiación. El beneficio del premio por control, como el del “Golden Parachute”, actúa de la misma forma como lo hacen las patentes de invención que tienen como objeto proteger la inversión en investigación y desarrollo realizada en bienes con características de bien público. Es decir, tanto el premio por control como los “Golden Parachutes” se pueden conceptualizar en forma análoga cuando se presenta un problema de eficiencia ex-ante versus eficiencia ex-post, donde ex-post los agentes económicos (accionistas no controladores o potenciales nuevos controladores) pueden enfrentar un incentivo perverso por el cual quieran renegar de las inversiones específicas realizadas ex-ante por el grupo controlador. **Reconocer la existencia de beneficios para la organización por las inversiones específicas realizadas por el grupo controlador significa reconocer que el grupo controlador tiene el legítimo derecho a reclamar un premio por el control que ejerce en la sociedad.** Este premio, en los casos aquí planteados, de ninguna manera va en desmedro de los accionistas no controladores, aun cuando ex-post estos últimos tienen un incentivo perverso para renegar de las inversiones específicas realizadas ex-ante por el grupo controlador”. Op. cit., pág. 11.

⁴² Art. 21, inciso 2°, de la Ley N° 18.046.

plenitud, se denominan ordinarias o comunes".⁴³⁻⁴⁴ A nuestro juicio, tal categoría de títulos, a más de cumplir la función que comentamos y de servir como un mecanismo de recaudación de nuevos recursos, presenta una ventaja adicional para los acreedores de la sociedad, en el sentido, por una parte, de que no se incrementará el nivel de deudas de la compañía y, por la otra, que al aumentar el patrimonio afecto a garantía, contarán con mayores seguridades para la debida satisfacción de sus créditos.

No obstante el reconocimiento que diversas legislaciones confieren a esta especial clase de acciones, cabe advertir que un sector minoritario de la doctrina se ha opuesto, de tiempo en tiempo, a la consagración jurídico-positiva de tales títulos. En general, todas las críticas que se formulan respecto de las mismas se inspiran en la concepción que anteriormente analizamos en materia de disponibilidad del derecho de voto por parte del accionista y que, en general, parten del supuesto de considerar que el voto constituye un "deber", así como el que la sociedad anónima viene a ser un instrumento al servicio del "interés público" y de la comunidad toda.

Por lo mismo, no nos extenderemos en la refutación de los reproches que se han dirigido contra este instituto, limitándonos a señalar que, en todo caso, estas acciones no pierden ni mudan su naturaleza de tales por el hecho de carecer de voto o contar con limitaciones a estos respectos. En efecto, "como cualquier otro accionista, el accionista sin voto realiza una aportación social que pasa a integrar el capital, y participa en los resultados, prósperos o adversos, de la actividad económica desarrollada por la sociedad: su derecho económico no desborda los límites de una participación en las ganancias sociales, aunque sea privilegiada; soporta, asimismo, las pérdidas sociales hasta el límite de su aportación, si bien con posterioridad a los restantes accionistas; y disfruta, finalmente, de todos los demás derechos integrantes de la condición de socio."⁴⁵

De otra parte, no puede seriamente sostenerse que las acciones sin voto o con

⁴³ De la Cuesta R., op. cit., pág. 928.

⁴⁴ En el derecho italiano, las acciones sin derecho a voto ("acciones de ahorro") gozan de privilegio respecto del derecho al dividendo y a la cuota de liquidación, hallándose restringido su derecho a voto únicamente a ciertas y determinadas materias. Entre las principales funciones que cumple esta categoría especial, se señala que tales acciones, más que una solución al problema del absentismo que padece la moderna sociedad anónima, constituyen "una nueva técnica inversora tendiente a la atracción del ahorro al instituto accionario". Se agrega que las mismas "crean una nueva relación, que había casi desaparecido, entre el poder y la responsabilidad", para concluir expresándose que, a más de servir como un "mecanismo de reactivación del mercado financiero", mediante ellas se resuelve el dilema de las personas que, teniendo el control de la sociedad, desean procurarse el capital necesario para desarrollar cumplidamente el objeto social, sin perder su control efectivo; propósito que no les permite conseguir la emisión de obligaciones, las delegaciones de votos ni las participaciones entrecruzadas. Martín V., op. cit., págs. 223-231.

⁴⁵ Menéndez M. y Beltrán S., op. cit., págs. 10 y 11.

derecho de voto limitado atenten contra la "estructura" de la sociedad anónima, pues ésta debe ser concebida como una "realidad concreta" más que como una construcción inmutable; debiendo también recordarse que son las mismas leyes la que han cambiado la esencia de la sociedad anónima tradicional al crear esta especie de títulos.⁴⁶ En efecto, y sin entrar a profundizar en un examen del proceso histórico de conformación del principio de igualdad de los accionistas, puede decirse que su aparición es una consecuencia del ideario revolucionario que inspira la codificación francesa, cuando se democratiza la sociedad anónima y se considera que todos los socios tienen un interés cuantitativamente idéntico y gozan de los mismos derechos, tanto por lo que se refiere al aspecto patrimonial como político o administrativo. Sin embargo, por razones de naturaleza análoga a las que, antes de la codificación, permitieron y justificaron la desigualdad de los accionistas, lo cierto es que, inmediatamente de su formulación legislativa, el principio se va debilitando, bien mediante la introducción de normas que hacen excepción al mismo, bien a través del carácter dispositivo de los preceptos que lo establecen.⁴⁷

En este sentido, cabe tener en cuenta que en la moderna sociedad anónima el "principio de la igualdad" se aplica a nivel de cada clase de acciones, y no respecto de todas aquellas que representan partes del capital.⁴⁸ Así, actualmente se puede afirmar que el principio sigue siendo el de la igualdad, tanto en sentido absoluto, cuando todas las posibles posiciones de socio en que se divide el capital social se incorporan a acciones iguales, como en sentido limitado, cuando los derechos que se incorporan a esas acciones son diferentes, dando lugar al concepto de clase de acción, **dentro de la cual ha de respetarse en todo su rigor el principio de igualdad entre los accionistas.**⁴⁹

Finalmente, debe considerarse que este tipo de acciones, en beneficio del propio interés social, y cumpliendo acertadamente una función de reorganización de la sociedad, "entregan el poder a una minoría "activa" e "interesada" en el desarrollo y porvenir de la empresa;⁵⁰ advirtiéndose, adicionalmente, que la privación del derecho de voto no es arbitraria, toda vez que resulta de una *elección del adquirente* de los títulos, quien podría optar, en cambio, por comprar acciones ordinarias.⁵¹

⁴⁶ Alborch B., op. cit., pág. 676.

⁴⁷ Aguilera Ramos, Agustín. *Clases y series de acciones. Las Acciones Privilegiadas*, Derecho de Sociedades Anónimas, Vol. I, Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 156.

⁴⁸ De la Cuesta R., op. cit., pág. 924

⁴⁹ Aguilera R., op. cit., pgs. 157 y 158. El mismo autor hace notar que este es el sentido del epígrafe II del Preámbulo de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951: "Ha parecido también conveniente mantener en toda su pureza el principio de igualdad de derechos entre los accionistas, siempre que se trate de la misma clase o serie" (el destacado es nuestro).

⁵⁰ Porfirio C., op. cit., pág. 258.

⁵¹ Alborch B., op. cit., pág. 675.

Desde la perspectiva de nuestra legislación positiva, la Ley N° 18.046 consagra, de manera explícita, la facultad de crear esta especial clase de acciones. En efecto, el artículo 20 del referido cuerpo legal parte por expresar que las acciones pueden ser “ordinarias” o “preferidas”, agregando, el artículo 21, que **“los estatutos podrán contemplar series de acciones preferentes sin derecho a voto o con derecho a voto limitado”**.

Si resumimos las disposiciones que rigen las acciones privilegiadas en nuestro ordenamiento, podemos consignar los siguientes comentarios:

- a. El principio de igualdad de los accionistas no es una regla absoluta, previendo la ley, luego de expresar que **“el capital social estará dividido en acciones de igual valor”**, que **“Si el capital social estuviere dividido en acciones de distintas series, las acciones de una misma serie deberán tener igual valor”** (art. 11).
- b. Las preferencias deben constar en los estatutos sociales, debiendo hacerse referencia a ellas en los pertinentes títulos (art. 20).
- c. No se admite crear preferencias sin precisar el plazo de vigencia de la mismas (art. 20).
- d. No es posible crear preferencias que consistan en el otorgamiento de dividendos que no provengan de utilidades del ejercicio o de utilidades retenidas y de sus respectivas valorizaciones (art. 20).
- e. Las reformas de estatutos que tengan por objeto la creación, modificación o supresión de preferencias, deberán ser aprobadas con el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones de la serie o series afectadas (art. 67).
- f. Tratándose del “dividendo mínimo legal” a que tienen derecho los socios de una compañía “abierta”, la distribución se efectúa a prorrata de sus acciones, “o en la proporción que establezcan los estatutos, si hubiere acciones preferidas” (art. 79).
- g. La creación de preferencias para una serie de acciones, o bien, el aumento o la reducción de las ya existentes, otorga al accionista disidente de la serie afectada el **“derecho de retiro”** de la sociedad; debiendo ésta, en el caso que aquel se ejerza, pagar a dicho accionista el valor libro de la acción, si la sociedad es una anónima “cerrada”, o su valor de mercado, si se trata de una “abierta” (art. 69).

- h. Las acciones sin derecho a voto o las con derecho a voto limitado, en aquellas materias en que carezcan de tal derecho, no se computan para el cálculo de los quórum de asistencia o votación en las juntas de accionistas (art. 21).
- i. Los titulares de acciones sin derecho a voto pueden participar, con derecho a voz, en las juntas generales de accionistas (art. 62).
- j. Las acciones sin derecho a voto o con derecho a voto limitado adquieren pleno derecho a voto en el evento que la sociedad no haya cumplido con las preferencias de que gozan estas mismas acciones como contrapartida de las restricciones que las afectan (art. 21).

Para terminar, cabe destacar que la limitación de derechos políticos que puede afectar a una determinada clase de acciones, así como la consecuente desproporción entre la propiedad del capital y el control que se ejerce, constituye una práctica frecuente no sólo en nuestro país, sino que también en mercados desarrollados como el norteamericano, siendo además, en este último, donde se encuentra el origen de este instituto.⁵²

Así, por ejemplo, entre nosotros existen series privilegiadas de acciones en sociedades como PUCOBRE, CTC, BANCO DE CHILE, SOQUIMICH, SANTA CAROLINA, ANDINA, EPERVA, ANTA CHILE, SOCIEDADES "CHISPAS", EUROLUZ, etc.,⁵³ habiéndose incluso ya fallado en favor de la legitimidad de esta clase de estructuras de propiedad.⁵⁴

En los Estados Unidos, aun es mayor el número de compañías con diferentes series de acciones y que cotizan en bolsa,⁵⁵ distinguiéndose, entre ellas,

⁵² Como bien apunta un autor, en los ordenamientos anglosajones, donde las acciones sin voto son un instrumento más de financiación de la sociedad, que tiene el atractivo de garantizar su control a la mayoría o minoría dominante, se tutela más al inversor por la vía del derecho a la información y el control externo de la sociedad que por medio de privilegios patrimoniales que compensen de la pérdida del voto. En contraposición, en el derecho europeo continental, las normas se caracterizan, en general, por su rigidez y minuciosidad; existiendo acciones sin voto en todos los países de la CEE, salvo Dinamarca. **Gómez Mendoza, María.** *Acciones sin Voto*, Derecho de Sociedades Anónimas, Vol. I, Editorial Civitas, Madrid, 1994, págs. 93 y 94.

⁵³ Raineri, op cit, pág 87.

⁵⁴ Sentencia arbitral en juicio "Inversiones Socorama S.A. con Carter Holt Harvey International Limited", de fecha 9 de abril de 1998, considerando N° 114.

⁵⁵ Paredes (op. cit., pg. 15) señala, por vía ejemplar, las siguientes 82 empresas: 1. A. C. Nielsen Company, 2. A. O Smith Corporation, 3. A. T. Cross Company, 4. Addison-Wesley Publishing Company, 5. Adolph Coors Company, 6. Alabama By-Products Corporation, 7. Allen Organ Company, 8. American Greetings Corp., 9. American Maize-Products Company, 10. American Petrofina, Inc., 11. Autodynamics, Inc., 12. Base Ten Systems, Inc., 13. BDM International, Inc., 14. Beneficial Standard Corporation, 15. Beneficial Standard Life Insurance Company, 16. Bio Rad Laboratories, Inc., 17. Blount, Inc., 18. Boston Company, Inc., 19. Bowl America Incorporated, 20. Brown Forman Distillers Corporation, 21. Bull & Bear Group, Inc., 22. Burns International Security Services, Inc., 23. Care Corporation, 24. Cerberonics, Inc., 25. Colonial Life & Accident

empresas como "FORD MOTOR COMPANY", cuyo capital se encuentra dividido en dos series de acciones. Aquellas acciones con mayor capacidad de voto son controladas por descendientes del fundador de la empresa y nunca han sido transadas en la bolsa de valores. A través de esta serie, **que representa un 15% de la propiedad de la empresa, la familia Ford controla el 40% de los votos.**⁵⁶

Por último, elocuente también es el ejemplo que nos proporciona una economía de inspiración socialista, como la sueca y, en especial, el caso del grupo WALLENBERG, que controla compañías cuyas acciones representan cerca del 40% de las empresas listadas en la Bolsa de Valores de Estocolmo. En la compañía principal del conglomerado, miembros de la familia Wallenberg controlan cerca del 40% de los votos, **aun cuando sólo poseen derechos por un 20% de los excedentes generados por la sociedad.** El mismo grupo, también a través de mecanismos de control minoritario, **con menos de 7% de las acciones de Electrolux controla un 95% de los votos.**⁵⁷

Insurance Company, 26. Crown Central Petroleum Corporation, 27. Charter Medical Corporation, 28. DeKalb Ag. Research, Inc., 29. Diagnostic / Retrieval Systems, Inc., 30. Dillard Department Stores, Inc., 31. Dow Jones & Company, Inc., 32. Equitable of Iowa Companies, 33. Everest & Jennings International, 34. Federated Investors, Inc., 35. Finance Company of America, 36. First American Bank of Trust (Florida), 37. Food Lion, Inc., 38. Ford Motor Company, 39. Forest City Enterprises, Inc., 40. Frank Pastón Company, 41. General Cinema, 42. Genesee Brewing Company, Inc., 43. Gilbert Associates, Inc., 44. Glenmore Distilleries Company, 45. Harvey Hubbell, Inc., 46. Hechinger Company, 47. Hershey Foods Corporation, 48. Home Beneficial Corporation, 49. John Willey & Sons, Inc., 50. Kelly Services, Inc., 51. Mayfair Super Markets, Inc., 52. McCormick & Company, Inc., 53. McRae Industries, Inc., 54. Media General, Inc., 55. Methode Electronics, Inc., 56. Mobile Communications Corporation of America, 57. Moog, Inc., 58. Multnomah Kennel Club, 59. Noxell Corporation, 60. Odetics, Inc. Oriole Home Corporation, 61. Oriole Home Corporation, 62. Pasquale Food Company, Inc., 63. Pearce, Urstadt, Mayer & Greer, Inc., 64. Pinkerton's, Inc., 65. Plymouth Rubber Company, Inc., 66. Presidential Realty Corporation, 67. Resorts International, Inc., 68. Reynolds & Reynolds Company, Inc., 69. Rose's Stores, Inc., 70. Saunders Leasing System, Inc., 71. Sikes Corporation, 72. Stanhome, Inc., 73. Tasty Banking Company, 74. Tele-Communications, Inc., 75. The Coastal Corporation, 76. The New York Times Company, Inc., 77. The Washington Post Company, 78. Three D Departments, Inc. 79. United Foods, Inc., 80. Wang Laboratories, Inc., 81. Watsco, Inc. y 82. Zenith Laboratories, Inc.

⁵⁶ Paredes, op. cit., pág. 16.

⁵⁷ Paredes, op. cit., pág. 16.



Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva

Héctor Carreño Nigro

Profesor

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Análisis de un Caso Práctico

El desarrollo económico nacional de los últimos años ha ido impulsando la creación de nuevos negocios en todas las etapas de la producción.

Dejando de lado por un momento las consideraciones políticas o los criterios económicos del gobierno de turno, que podemos o no compartir, creemos que el país integra un espacio más o menos sólido para la inversión. Así al menos lo señaló el presidente del BID, Sr. Enrique Iglesias, en una entrevista que dio al diario El Mercurio el día 21 de mayo.

Recordando algunos pasajes del libro titulado *La Empresa Familiar* del autor Patricio Jiménez Bermejo, podremos ver que se aprecia un creciente interés de los particulares por invertir capital y esfuerzo para gestionar ideas y proyectos a través de sus propias empresas.

De alguna manera, para muchos particulares resulta fascinante la iniciativa de crear sus propias empresas y hacerlas rendir asumiendo como un verdadero desafío alcanzar un lugar destacado en el mercado.

Un claro ejemplo de ello es la enorme cantidad de empresas que últimamente se han ido creando a través del comercio electrónico o Internet. Son las llamadas *empresas.com*.

Las probabilidades de triunfo o fracaso de esos proyectos juegan en una equilibrada proporción. Para el éxito no hay recetas ni manuales, el trabajo constante, el adecuado manejo de los dineros invertidos, inteligencia en la maximización de utilidades y en las políticas de costos, la habilidad de los empresarios y una cuota de suerte suelen marcar la diferencia entre el rendimiento y la ruina.

En este tema hay un asunto que ha ido evolucionando de forma paralela; nos referimos a las sociedades.

Creemos percibir que la idea de formación de una empresa va asociada a la urgencia de concebirla con algún modelo societario, casi como requisito sine qua non. Las razones para constituir una sociedad en este escenario son de una enorme variedad: necesidad de integración, busca de cooperación, incentivar lazos de pertenencia, asignación de tareas y alcanzar beneficios tributarios, son algunas de las causas más recurridas.

Es así que la proliferación de sociedades en el país es notable. La misma percepción podemos observarla en la presentación que don Rafael Gómez Balmaceda hizo al *Tratado de Sociedades* de don Carlos Gilberto Villegas, publicado por la Editorial Jurídica de Chile.

Dependiendo del tipo de sociedad, debemos recordar que la responsabilidad de los socios varía desde el compromiso de sus aportes al gravamen de su propio patrimonio por las cuotas corporativas insolventes.

Esta responsabilidad es la que asumen en relación a los terceros que contratan con la sociedad y que muchas veces sentenciamos como la única que merece nuestra atención.

Indudablemente, las obligaciones y deberes que la sociedad contrae con terceros deben ocupar nuestra asistencia toda vez que restringen los derechos de los socios sobre las utilidades del negocio que se explota. Pero nuestra preocupación debe también centrarse en los deberes de los socios entre sí y para con la sociedad.

Muchos son los problemas que los terceros contratantes tienen con una sociedad motivados exclusiva y únicamente por conflictos internos. Dejando de lado temas como la solvencia o fuerza de pago de una empresa, muchas veces la seriedad y responsabilidad corporativa es reflejo de la buena relación que los socios tienen entre sí.

Si efectuamos un catastro de los problemas que las empresas organizadas como sociedad tienen con terceros, podemos concluir que la mayoría se relacionan con el incumplimiento de compromisos o convenios contractuales. Pero si estudiamos la causa de ese incumplimiento, podremos también concluir que se debe muchas veces a problemas personales de los socios y no necesariamente a su habilidad o estrategia financiera. Los socios pueden estar tremendamente preparados para administrar un negocio, pueden tener avanzados conocimientos universitarios, vasta experiencia o habilidad innata, y aun así pueden arruinar su empresa. Las razones son, como muchas veces podemos ver, las disputas internas.

Falta de coordinación de las funciones empresariales de los socios, escasez

de comunicación, rivalidad, luchas internas de poder, desconfianza de las idoneidades morales de los otros socios, disparidad de criterios y hasta diferencias de personalidad son algunas causas de los problemas que la sociedad suele tener con terceros.

El conflicto saldrá a la luz cuando los socios deban tomar una decisión frente a un convenio con terceros.

Cómo solucionar esos problemas es tarea de los propios socios apoyados muchas veces por los consejeros y árbitros designados.

Presentación del Problema

El caso que analizaremos se relaciona directamente con lo anteriormente expuesto. Su solución, la anticipamos, no la encontraremos de manera expresa en nuestros textos, sino muy por el contrario, en su interpretación inteligente.

Imaginemos una sociedad de responsabilidad limitada compuesta por dos personas naturales: Alfredo y Bernardo. En el pacto social se estableció que su administración y uso de la razón social corresponderá a los dos socios debiendo actuar siempre de manera conjunta. Es decir, que sólo obrando de consuno podrán administrar y usar válidamente la razón social.

Un mal día los socios pelean por razones domésticas totalmente ajenas a las operaciones de la sociedad. Ante la imposibilidad de solucionar el conflicto, Alfredo decide apartarse invariablemente de su socio. En pocas palabras, renuncia de hecho a la sociedad abandonando a Bernardo a su suerte. Atendida la mencionada cláusula del contrato social, el socio que decide seguir explotando el giro se enfrenta al insalvable problema de las necesarias dos firmas para contratar con terceros.

Administración Colegiada Establecida en el Pacto Social

El caso no es extraño para nadie y considerando el crecimiento casi geométrico de sociedades en nuestro país, lo veremos más a menudo de lo que algunos quisiéramos. Es común ver que la *affectio societatis* de los componentes de una sociedad se diluye en el camino con la consecuente renuncia de buena o mala fe del socio descontento.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 2061 del Código Civil y 385 del Código de Comercio, la administración de la sociedad colectiva pertenece a todos los socios. Estas normas son de naturaleza supletoria a la

voluntad de los contratantes; es decir, que si los socios nada dicen en el pacto social o en uno posterior acerca de las facultades de administración y uso de la razón social, ésta corresponderá a todos.

En nuestro caso, la voluntad de los contratantes se dirigió a restringir estas facultades inherentes a la calidad de socio obligándose a actuar siempre de manera conjunta. En pocas palabras, decidieron implementar una administración colegiada.

A los administradores designados en el pacto social se les suele denominar gerentes estatutarios, y de acuerdo a lo señalado por el inciso segundo del artículo 2071 del Código Civil estas "facultades administrativas forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad, a menos de expresarse otra cosa en el mismo contrato".

En virtud de lo expuesto en el Párrafo 4 del Título XXVII del Libro IV del Código Civil, la facultad de administrar establecida en el propio pacto social confiere a los administradores tanto el derecho como la obligación de hacerlo. En efecto, la norma imperativa del artículo 2072 señala que los gerentes estatutarios no pueden renunciar a la administración por voluntad propia, ya que incumplen con ello una obligación exigible y voluntariamente asumida.

Renuncia Intempestiva y la Condición Resolutoria Tácita

La renuncia intempestiva de Alfredo puede motivar el ejercicio por parte de Bernardo de la acción tendiente a exigir la ejecución forzada de la obligación o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Este derecho opcional nace de la denominada condición resolutoria tácita, natural de todos los contratos bilaterales.

Según algunos estudiosos, esta acción no procedería respecto de las obligaciones nacidas del contrato de sociedad, puesto que la naturaleza de éste no sería bilateral, sino multilateral.

Así, en virtud de la clasificación de los contratos, el de sociedad no sería ni unilateral ni bilateral, sino multilateral o plurilateral. Por ello sería impropio aplicar la condición resolutoria tácita, ya que estaría reservada a los contratos bilaterales, según expresamente lo establece el artículo 1489 del Código Civil.

Conclusión de esta posición es que el socio diligente no tendría la posibilidad de ejercer la acción resolutoria y exigir así al disidente su reincorporación a la administración de la sociedad.



Creemos que esta postura no es sustentable, ya que los contratos multilaterales no están regulados por el Código Civil y la diferenciación sólo obedece a una clasificación doctrinaria para efectos pedagógicos. En estricto rigor legal, debemos clasificar a la sociedad como un contrato bilateral atendido que para perfeccionarse requiere del consentimiento de voluntades de dos o más contratantes y porque todos los comparecientes asumen obligaciones establecidas en el pacto social.

Por lo demás, la presencia de la acción resolutoria en el contrato de sociedad es quizás la única razón que permite sostener que el compromiso recíproco de los socios es una obligación y no un mero deber.

Sin embargo, y volviendo a nuestro caso, creemos que no es conveniente exigir judicialmente la ejecución forzada de la obligación, ya que resulta hasta contraproducente para la sociedad. Alfredo, si es obligado coactivamente a reasumir sus obligaciones de administrador conjunto, permanecerá unido al otro socio contra su voluntad vulnerando el primer elemento del contrato de sociedad: la mencionada *affectio societatis*.

En este escenario, Bernardo difícilmente podrá reprochar a Alfredo falta de compromiso o motivación por incrementar los beneficios de la empresa, puesto que no tiene interés alguno en ello.

Por otro lado, si en virtud de la condición resolutoria tácita, Bernardo decide exigir la resolución del contrato, deberá estudiar el inicio del proceso de disolución de la sociedad.

Remoción del Administrador Estatutario

De acuerdo a lo expresado en el artículo 2072 del Código Civil, los socios pueden remover al gerente estatutario de su cargo por mutuo acuerdo, por la causas previstas en el acto constitutivo o por causas graves. Esta última causal deberá ser resuelta por el árbitro designado en el pacto social o, en su defecto, por el juez civil.

En nuestro caso, el pacto social nada dice, por lo que debemos recurrir nuevamente a las normas supletorias del Código Civil. El mencionado artículo señala que se entenderán por causas graves que den lugar a una remoción justa del socio administrador, por ejemplo, que sea indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente los negocios sociales.

Según vimos al comenzar este caso, las razones del conflicto son simplemente domésticas y ajenas a las operaciones de la sociedad. Alfredo es

extremadamente honrado en sus gestiones y es asimismo un excelente administrador. En este escenario, donde es improcedente acreditar en el proceso de remoción causas graves, sólo queda una salida: intentar la disolución de la sociedad.

El artículo 2073 del Código Civil previene que ante una remoción justa, la sociedad podrá continuar con los otros socios, si así lo desean, modificando la cláusula de administración en el pacto social.

Pero en nuestro caso hay sólo dos socios y por lo tanto la opción de continuar con la sociedad dependerá de si Alfredo desea seguir siendo socio. De modificarse la cláusula de administración de la sociedad, vemos que las opciones se reducen sólo a dos: administración independiente, de acuerdo a lo que establecen las normas supletorias del Código Civil y Código de Comercio; o bien establecer como único gerente estatutario a Bernardo.

Si Alfredo no desea seguir con la sociedad, deberemos nuevamente iniciar el proceso de su disolución. Si desea seguir o al menos no inicia el proceso de disolución, deberá hacer presente en el proceso de remoción cómo desea establecer las facultades de administración de allí en adelante. Si no hay acuerdo, la sociedad deberá ser declarada disuelta por el juez.

Incertidumbre en la Gestión de los Negocios Sociales

¿Pero qué ocurre en el tiempo intermedio? La sociedad durante el proceso de remoción de las facultades de administración siguió explotando su giro de la mano de Bernardo, motivado por las oportunidades que el mercado ofrecía, pero con la imposibilidad absoluta de actuar en representación de la sociedad. Solo no tiene la facultad de obligar a la sociedad y por lo tanto deberá abstenerse de celebrar actos o contratos en su representación.

Así lo señala el artículo 399 del Código de Comercio: "Habiendo dos administradores que según su título hayan de obrar de consuno, la oposición de uno de ellos impedirá la consumación de los actos o contratos proyectados por el otro."

En nuestro caso no hay aprobación ni oposición expresa de Alfredo, ya que al marginarse de las actividades sociales ni siquiera se conoce su voluntad. Pero siguiendo el criterio empleado por el legislador, debemos entender que atendida la situación expuesta, hay oposición.

En este escenario, y en virtud de lo señalado por el inciso final del mismo artículo, si Alfredo decide actuar representando a la sociedad, deberá res-

ponder de todos los perjuicios que le cause y su acto sólo producirá efectos respecto de terceros de buena fe.

La buena fe se presume y en este caso ella radicará en el desconocimiento que el tercero tenga de las facultades de administración social. En pocas palabras, el socio que persiste en explotar la sociedad actuará como agente oficioso.

El Código Civil nos dice que Alfredo responderá de todos los perjuicios que su actuar devengue contra la sociedad. Esta norma tiene como fin desmotivar al socio a actuar como agente oficioso disponiendo que la responsabilidad del acto o contrato recaerá sobre su patrimonio personal o al menos sobre su porcentaje en las utilidades sociales.

En efecto, la normativa civil castiga al socio que actuando sin las facultades necesarias ocasiona perjuicios a la sociedad. Esta disposición nos resulta abiertamente razonable. El socio que no participa de la decisión de ese acto no tiene por qué sufrir las consecuencias de los perjuicios que el actuar del otro ocasione.

Pero si el actuar de Bernardo trae beneficios y enriquece a la empresa, ¿podría Alfredo reclamar su participación de esas utilidades?

Creemos que no, porque Alfredo renunció intempestivamente a la sociedad, y según lo dispone el artículo 2111 del Código Civil, Bernardo puede excluir de toda participación en los beneficios sociales y obligar a Alfredo a soportar su cuota en las pérdidas.

Pero de todas maneras, el actuar autónomo de Bernardo es una infracción directa al pacto social y a lo establecido en el artículo 2076 del Código Civil. La sociedad no ha sido declarada disuelta y mientras el proceso de remoción no termine, la administración de la sociedad sigue siendo colegiada.

Conflicto de Normas de Igual Jerarquía

El conflicto es evidente. En virtud del artículo 2076 del Código Civil y 399 del Código de Comercio, Bernardo tiene expresa prohibición de obrar separadamente. Si aun así decide actuar, vemos que se arriesga a deber soportar con su patrimonio personal, o al menos con su derecho sobre las utilidades, los perjuicios que cause a la sociedad, según dispone el inciso final del artículo 399. Alfredo tiene de esta manera una acción legal para responsabilizar a Bernardo del detrimento económico que genere a la

empresa. Pero por otro lado, Alfredo renunció intempestivamente y atendido lo expuesto, Bernardo también tiene acción legal para exigir que Alfredo soporte su cuota en las pérdidas.

Bernardo así está inmovilizado. Tiene expresamente prohibido actuar autónomamente, pero se encuentra obligado a hacerlo, ya que Alfredo se retiró de hecho de la sociedad. En virtud del artículo 2113 del Código Civil, ese retiro equivale a una renuncia.

Estamos frente a una pugna de normas de igual jerarquía. Si el socio que sigue participando asume los riesgos de su actuar, es de toda justicia que así como debe responsabilizarse de los perjuicios que cause, debe también beneficiarse de las ganancias que genere. Según el artículo 2111 del Código Civil, Bernardo puede exigir que Alfredo sea excluido de toda participación en los beneficios sociales por renunciar intempestivamente a la sociedad. Pero el problema está en que esos beneficios fueron producto del indebido actuar de Bernardo; esto es, de una contravención manifiesta y voluntaria al pacto social y a las leyes civiles y comerciales.

¿Cuál es entonces la salida?

Creemos que el juez, llegado el momento de decidir, deberá inclinarse por sancionar a Alfredo, ya que el reproche recae sobre su conducta. De haber seguido en la sociedad, el problema no existiría y si su deseo era dejarla, debió ejercer su derecho de renuncia en los términos pactados en el acto constitutivo o al menos de buena fe, sin perjudicar los intereses sociales. Recordemos que ejercer debidamente las facultades de administración y uso de la razón social es un derecho y una obligación. Y en este segundo caso vimos que incluso puede llegar a ser solicitada coactivamente en virtud de la acción emanada de la condición resolutoria tácita que puede ejercer el contratante diligente.

Sin embargo, en nuestro caso, la renuncia se traduce en la deducción de la acción de disolución de la sociedad. Según el artículo 2108 del Código Civil, Alfredo puede solicitar sin problemas la disolución de la sociedad ya que la pérdida de la *affectio societatis* constituye, a nuestro parecer, una causa de las que denomina "de igual importancia".

En la liquidación del haber social, creemos que Alfredo sólo puede exigir se le adjudiquen los beneficios que percibió la sociedad mientras ejercía su facultades de administración colegiada.

Rescisión de los Actos Celebrados por el Agente Oficioso

Si siguiendo con nuestro estudio, ¿podría Alfredo exigir se dejen sin efecto los actos realizados por Bernardo con terceros de buena fe?

Si el acto proyectado tiene repercusiones negativas a los intereses sociales, creemos que aun en circunstancias que Alfredo decidió marginarse de la sociedad, ésta no se encuentra disuelta y ese acto va a menoscabar su participación al momento de la liquidación del haber social. Bajo este prisma estimamos que sí podría solicitar la rescisión del acto o contrato.

¿Pero qué ocurre si el acto proyectado está llamado a producir beneficios a la sociedad? Según las normas del Título XX del Libro IV del Código Civil, Alfredo también podría en este caso exigir la rescisión del acto jurídico. Creemos que esa acción debe ser desestimada, ya que Alfredo carece de interés en su resultado. En otras palabras, no tiene la titularidad procesal activa.

La acción para exigir la nulidad relativa de un acto o contrato pasa necesariamente por el examen del interés del actor en que se declare tal sanción. Esto es aplicable también para todas las acciones civiles y penales. Podrá ejercer la acción de rescisión sólo aquel que tenga interés real y económico en que se declare relativamente nulo el acto o contrato. En nuestro caso, Alfredo no podría ejercer la acción toda vez que el acto jurídico celebrado por Bernardo genera un beneficio para la sociedad, y por consiguiente incrementa las utilidades de Alfredo.

Sin embargo, vimos más arriba que en virtud de lo expuesto por el artículo 2111 del Código Civil, Bernardo puede excluir de esa participación en los beneficios sociales a Alfredo. En este sentido, Alfredo puede verse marginado de las ganancias logradas por el otro socio y por conclusión podría solicitar la rescisión del acto jurídico.

Creemos que aun así Alfredo carece de la titularidad procesal activa, puesto que sigue sin interés en la anulación del acto celebrado. Solicitar la rescisión del acto no implica otra cosa que perjudicar los intereses sociales y aportillar las actuaciones de Bernardo. Esas motivaciones no pueden ser esgrimidas como razones para dar lugar a un proceso de nulidad relativa. El juez o árbitro no debiera así dar lugar a la demanda.

Soluciones

Reiteramos que la situación expuesta, no obstante su complejidad, puede ser observada a diario. Difícilmente podremos decir que se trata de un caso de laboratorio.

Sin embargo, nuestra legislación no ayuda mucho a la solución de estos conflictos. La normativa es confusa y hasta contradictoria.

La solución debe necesariamente salir de la combinación más justa de las normas vistas, de una interpretación inteligente.

El socio que se retira o renuncia intempestivamente a la sociedad debe ser sancionado, no obstante las muchas y justificadas razones que tenga para hacerlo. Al asociarse legalmente asume derechos y obligaciones que no puede soslayar caprichosamente.

Principio básico de nuestro sistema legal es que las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen. Así, si el socio descontento desea abandonar la sociedad, deberá hacer el esfuerzo de llegar a un acuerdo con el otro y poner término al contrato de la mejor forma posible. Eso es actuar de buena fe y como un buen padre de familia.

En nuestro hipotético caso, que estamos seguros que más de algún abogado debió enfrentar, el reproche recae sobre el socio que actúa de mala fe. Esto no significa desconocer sus derechos, sino muy por el contrario, protegerlos, pero recordando siempre sus obligaciones correlativas.

Mientras el proceso de remoción no termine, creemos que Bernardo procede correctamente al actuar representando a la sociedad separadamente de su coadministrador.

Tenemos claro que su obligación es proceder conjuntamente al otro socio, pero si éste se retira de la sociedad, no tiene otra alternativa que actuar con aparente infracción de ley para proteger sus propios intereses y los de la sociedad.

Decimos "aparente infracción de ley" por las siguientes razones.

El socio que decide seguir en la sociedad actuará como agente oficioso. Así se desprende de lo expuesto por el inciso final del artículo 399 del Código de Comercio.

Actuar como agente oficioso, en este caso, significa que responderá personalmente de los perjuicios que su actuar ocasione a la sociedad y en caso de obtener beneficios, significa que deberá compartirlos siguiendo las reglas de la participación de las utilidades sociales.

Sin embargo, el socio que se retira de la sociedad pierde sus derechos de

exigir el cumplimiento del pacto social y de las normas civiles y comerciales. Esa es su sanción.

De esta manera, no podrá exigir participación de las utilidades que el actuar del socio que se mantuvo en la sociedad generó. Se desprende esta conclusión de lo señalado por el inciso final del artículo 2111 del Código Civil.

Otra justa combinación de normas nos permite agregar que tampoco el socio que permaneció en la sociedad podrá obligar al retirado a soportar los perjuicios que su actuar generó. Esto porque asumió voluntariamente su rol de agente oficioso, y con ello, la responsabilidad de actuar en esa calidad.

Por todo lo dicho creemos que no obstante que la ley civil y comercial tienden a sancionar al coadministrador que viola el pacto social y actúa separadamente, debemos colegir que el legislador pretendió con ello proteger los intereses sociales. No hay otra interpretación a ese enunciado. El legislador fue claro al intentar proteger los intereses de la sociedad frente a un administrador impulsivo.

Por ello, siguiendo esa directriz, debemos concluir que no merece sanción el socio que precisamente decidió seguir a la cabeza de la sociedad para proteger sus intereses. El reproche y sanción deben recaer en el que renunció.

Palabras Finales

Los conflictos internos de los socios suelen ser de difícil solución. Por regla general no dicen relación alguna con materias legales y por ello la solución, como ya vimos, no la encontraremos en el derecho. Muchas veces no encontraremos solución en ninguna parte.

De allí creemos que la labor de los asesores de esa sociedad es instar por un entendimiento privado, extrajudicial, intentando dirimir el conflicto siempre en la calidad de amigable componedor.

El gran auge corporativo que enunciamos al inicio de este estudio exigirá cada vez más nuestra intervención en ese sentido, y es importante que lo sintamos así. De lo contrario, nuestro ya cansado sistema judicial se verá invadido de procesos arbitrales que sólo podrán terminar en acuerdos privados.

Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet

Gabriela Paiva Hantke

Profesora de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

DE LA IMPRENTA A LA INTERNET

La aparición de la Internet plantea desafíos y oportunidades para la propiedad intelectual o derecho de autor. También la propiedad industrial, especialmente en lo que se refiere a marcas comerciales y su relación con los nombres de dominio Internet, cuya coexistencia puede generar conflictos, se ha visto enfrentada a un nuevo escenario. Desde el punto de vista del derecho de autor, el desafío se presenta ya que si bien es parte de la existencia de los derechos de propiedad intelectual la capacidad de reproducción masiva de la obra, nadie contempló la aparición de un medio como Internet con tal capacidad de reproducción que haga posible copiar miles de veces una obra en forma casi instantánea con sólo apretar unas cuantas teclas, y almacenarla en medios virtuales, pudiendo incluso con la misma facilidad modificar, manipular y difundir dicha obra. Así como la aparición de la imprenta en un momento significó cambios y oportunidades para los autores, hoy día es la Internet la que plantea desafíos a la legislación y la evolución tecnológica. Tales desafíos, dada la naturaleza global de la Internet, hacen necesarios acuerdos a nivel internacional, tal y como por ejemplo es el caso de dos nuevos tratados en materia de derecho de autor, que abordan ciertos aspectos del derecho de autor y las nuevas tecnologías de la información.

MR versus WWW: Marcas Comerciales y Nombres de Dominio

En el ámbito de la propiedad industrial, el mayor desafío se encuentra en materia de las marcas comerciales, las cuales han entrado en colisión con los nombres de dominio.

Según la Ley N° 19.039 marca comercial es todo signo visible, novedoso y característico que sirve para distinguir productos, servicios, establecimientos comerciales o industriales. En términos generales, una marca comercial es un signo distintivo que se usa en el comercio para identificar el origen de los productos o servicios y la calidad de éstos. En tanto, los nombres de

dominio son las direcciones de los sitios de Internet a los que puede acceder el público para obtener información. Se trata, por una parte, de una institución jurídica reconocida por normas especiales, amparadas en Chile por la Ley N° 19.039 y sobre las cuales el Estado reconoce una titularidad o propiedad incluso amparada a nivel constitucional, como son las marcas comerciales y, por la otra, de identificadores de computadores en la Red Mundial de Computadores o World Wide Web, consistentes en letras y números o combinación de éstos que son alias o el sobrenombre de un número IP (Internet Protocol) que es el identificador del respectivo computador, alias que se denominan **nombres de dominio**. Es decir sólo se han utilizado letras, palabras, números y sus combinaciones para facilitar a lo usuarios la memorización de una determinada dirección Internet, dirección que finalmente corresponde siempre a un conjunto de números.

El otorgamiento y existencia de los nombres de dominio, se ha estructurado a nivel mundial mediante un sistema que contempla la existencia de nombres de dominio de Nivel Superior (TLD) por indicadores temáticos, entre éstos: .COM, .NET, .ORG, .INT (gTLD) y otros indicadores, lugar geográfico, país o economía, entre éstos: .CL (Chile), .MX (México), .NL (Holanda), (ccTLD) etc. En una dirección Internet, luego de los Códigos TLD y hacia la izquierda se ubican los denominados nombres de dominio secundarios, que corresponden a aquellos que los particulares solicitan como por ejemplo la expresión *Manquehue* respecto del dominio *manquehue.cl*. Debido a que cada nombre de dominio secundario es único en cada TLD y se asignan generalmente sin investigación previa, basándose en el orden de presentación de las solicitudes ("*first come, first served*"), los nombres de dominio pueden eventualmente afectar los derechos de terceros sobre marcas comerciales.

Las regulaciones sobre marcas comerciales establecen ciertas clases en las cuales una misma marca puede ser registrada, de acuerdo a los productos o servicios que se intenta proteger. Existen en total 42 distintas clases para registrar una marca, de manera que simultáneamente una misma marca puede coexistir en distintas clases a nombre de distintos titulares, ya que existen 42 distintos rubros en los cuales obtener su registro. En contraste, tal y como se indicó, en el caso de los nombres de dominio sólo existe la posibilidad de registrar una sola vez una palabra o una marca como nombre de dominio secundario en cada TLD. Ejemplificando lo anterior, la palabra *Manquehue* puede convertirse en varias marcas en distintos rubros a nombre de distintos titulares, sin embargo al registrar la palabra *Manquehue* como nombre de dominio en .CL sólo cabe el otorgamiento de *Manquehue.cl* a un solo titular. Esta diferencia entre marcas y dominios es una de las fuentes de conflicto en el otorgamiento de nombres de dominio Internet.

El arbitraje como medio de solución de conflictos sobre nombres de dominio en la Internet

Según se ha expresado, el proceso de registro de nombres de dominio en Internet ha significado inevitablemente la aparición de conflictos, que principalmente afectan a los titulares de marcas comerciales, quienes aspiran a poder reflejar su marca en el respectivo nombre de dominio. Para las empresas y titulares de marcas registradas, la Internet se ha comparado con el Lejano Oeste, en atención a la falta de reglas y normativa para resolver los diversos conflictos que se han ido presentando, lo que se ha constituido en una de las principales características de la Internet, en donde la rapidez y agilidad que la caracterizan han ido delante de su regulación.

A nivel internacional, el tema del registro de nombres de dominio y solución de disputas respecto de los *nombres genéricos de nivel superior* (gTLD) que incluye los nombres bajo las siglas “.COM, .NET, y .ORG”, su relación con marcas comerciales y otros derechos adquiridos legítimamente, es objeto de estudios y discusiones. Con el propósito de ordenar y sentar las bases de un sistema para el registro y solución de conflictos sobre nombres de dominio, se ha establecido una corporación sin fines de lucro denominada *The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, también conocida bajo la sigla de ICANN, corporación que se encuentra implementando una política sobre el registro y solución de disputas respecto de los nombres genéricos de nivel superior (gTLD). Con anterioridad a la implementación de esta política, en una primera etapa, por la falta de normativa respecto de los gTLD se optaba generalmente por la alternativa de transar las disputas sobre nombres de dominio fuera de los tribunales. Conocidos fueron casos como el ocurrido con el dominio *mtv.com*, que fue registrado por un video hockey de la empresa, quien al dejar la empresa decidió mantener para sí el nombre de dominio, que nunca alegó que la Internet estuviera exenta de la aplicación del derecho marcario, pero sin embargo, argumentó que el dominio *mtv.com* no iba a ser usado de una manera en que pudiera confundirse con la marca. Otro episodio similar fue el que ocurrió en relación al dominio *bigmac.com*. En este escenario, el arbitraje emerge como la forma más apropiada para resolver los conflictos que se plantean, debido a que su solución requiere de la participación de profesionales con conocimiento de la materia y a la rapidez que es intrínseca al funcionamiento de la Internet.

La Solución de Conflictos sobre Nombres de Dominio en Chile

La entidad encargada del registro de Nombres de Dominio Superior .CL, por Código de País (ccTLD) es el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile. En el caso de Chile, el proceso de regis-

tro no ha sido ajeno a lo ocurrido en el resto del mundo y en consecuencia se han presentado una serie de conflictos entre los solicitantes de dichos nombres y los titulares de marcas comerciales, entre otros afectados.

Durante los primeros casi 10 años de administración del registro de los nombres de dominios que efectuó el Departamento de Ciencias de Computación de la Universidad de Chile (NIC CHILE) prácticamente no se presentaron conflictos. Sin embargo, al explotar el uso comercial de la Internet, comenzaron también en Chile los conflictos por el registro de dominios bajo .CL provocados por solicitantes que sin tener derechos, y al igual como ocurre respecto de los nombre genéricos de nivel superior (.COM, .NET, .ORG), encontraron que no existía impedimento legal ni costos involucrados en el hecho de solicitar para sí marcas famosas como nombres de dominio, tales como: *toyota.cl*, *coca-cola.cl*, entre otras, por citar sólo algunas.

Como respuesta a este nuevo escenario, donde cada vez más se incrementaba el número de disputas por el registro de nombres de dominio en Chile, el Departamento de Ciencias de la Computación, también conocido como NIC, que ya se encontraba estudiando la incorporación de una normativa, puso en vigor, luego de sucesivas revisiones, la denominada "*Reglamentación para el Funcionamiento del Registro de Nombres de Dominio.CL.*" Personalmente, agradezco a NIC CHILE por la oportunidad de colaborar en la redacción de la Reglamentación y del Sistema de Arbitraje, ya que al igual que otros abogados especializados en propiedad industrial y miembros de la Comisión Internet de la Asociación Chilena de la Propiedad Industrial (ACHIPI) tuvimos la oportunidad de participar en la génesis de esta normativa y actualmente día a día en su enriquecimiento, como árbitro designada por NIC CHILE para resolver conflictos sobre nombres de dominio.

Desde el punto de vista de la solución de conflictos, la reglamentación de NIC CHILE, reconociendo la necesidad que existe hoy en día de contar con formas ágiles y eficaces de resolver conflictos, y más aún cuando justamente se trata de controversias que se generan en un medio tan ágil y en crecimiento acelerado como es la Internet, decidió incorporar el arbitraje como sistema para resolver las controversias que se susciten respecto a las solicitudes de nombres de dominio .CL. Nuestro sistema en ese sentido puede considerarse pionero, puesto que también a nivel internacional recientemente se ha aprobado por parte del Directorio de ICANN las políticas y normas para la solución de disputas respecto de nombres de los gTLD (.COM, .ORG, y .NET) introduciendo el arbitraje como forma de solución de dichas disputas.

El Procedimiento de Arbitraje de dominios.CL según al Reglamentación del Departamento de Ciencias de la Computación o NIC CHILE

La reglamentación de NIC CHILE respecto de la forma de resolver los conflictos respecto de dominios.CL se estructura en base a los siguientes principios:

1. Deja establecido el principio de la *responsabilidad de los solicitantes* por el dominio cuyo registro se está solicitando. Este principio se encuentra contenido en el artículo 14 inciso 1° de la Reglamentación que señala que será responsabilidad exclusiva del solicitante que su inscripción cumpla con las normas legales vigentes en el territorio de la República de Chile y no infrinja derechos de terceros.

2. *Delimitación de las responsabilidades de NIC CHILE*, puesto que en los artículos iniciales de la reglamentación se establece que NIC CHILE actúa únicamente como ente coordinador delegado de IANA y no tiene ni tendrá facultades jurisdiccionales ni otras prerrogativas u obligaciones, salvo aquellas contenidas en la reglamentación. Adicionalmente, el artículo 6 de la reglamentación establece que por el hecho de solicitar la inscripción el peticionario delimita las responsabilidades liberando de cualquier responsabilidad a la Universidad de Chile, NIC CHILE y a sus funcionarios y asesores, renunciando el peticionario expresa y anticipadamente a las acciones legales.

3. En virtud de lo señalado se desprende que *NIC CHILE es una entidad meramente registral* y a la cual no le corresponde efectuar búsquedas o averiguaciones previas respecto de los dominios que se intenta registrar ni tampoco discernir, ni resolver o participar en forma alguna en la solución de las disputas que puedan plantearse en la materia.

4. Aceptación expresa por parte del solicitante de todas las normas contenidas en la reglamentación sin reserva de ninguna especie, incluyendo el procedimiento de arbitraje para la solución de los conflictos (artículo 1 del Anexo 1 sobre procedimiento de arbitraje).

5. Establecimiento de una instancia de mediación gratuita y voluntaria a cargo de NIC CHILE, como una primera alternativa para la solución de disputas entre dos o más solicitantes de un mismo nombre de dominio.

6. Establecimiento de un mecanismo y *procedimiento arbitral* para la solución de controversias, según se contempla en el Anexo 1 de la Reglamentación.

7. Los trámites se realizan principalmente vía electrónica.

8. *Publicidad mediante la publicación de las solicitudes de dominio en trámite en la página web de NIC CHILE en la dirección Internet www.nic.cl.*

9. *Iniciación de una disputa mediante la presentación de una solicitud competitiva.*

10. Establecimiento de la posibilidad de revocación de un nombre de dominio, que también se efectúa mediante arbitraje.

Del inicio del arbitraje

a) Presentación de una solicitud competitiva:

El artículo 10 de la Reglamentación establece que NIC CHILE mantendrá una lista de las solicitudes en trámite, y dentro del plazo de 30 días calendario desde su publicación, quienes se estimen afectados podrán presentar sus propias solicitudes para ese mismo nombre de dominio. Es decir, deberán presentar una solicitud idéntica o "*solicitud competitiva*", que compita con aquella ya presentada y no una oposición o argumentación en contra de tal solicitud. La presentación de solicitudes competitivas como mecanismo para establecer el conflicto obedece y responde a la idea de que los nombres de dominios se registran, se otorgan y existen para ser usados, por lo cual lógicamente quien desee oponerse a un dominio debe hacerlo presentando idéntica solicitud competitiva para el mismo dominio como signo de que lo usará y lo mantendrá permanentemente activado y conectado a un servidor. Recordemos que NIC CHILE se reserva la facultad de eliminar aquellos dominios que no estén operando correctamente.

Si al cabo de un periodo de 30 días corridos a contar de la publicación de la primera solicitud para un nombre de dominio **se encontraren en trámite dos o más solicitudes de inscripción para el mismo nombre, se iniciará el proceso de arbitraje** de acuerdo a lo establecido en el procedimiento de arbitraje contenido en el anexo 1 de la misma reglamentación. En consecuencia, la existencia de dos o más solicitudes completas a juicio del DCC para un mismo dominio da origen y acredita la existencia de una disputa para dicho dominio.

Cabe mencionar que según el artículo 14 del Reglamento, NIC CHILE aunque sólo exista un dominio, podría también solicitar la designación de un árbitro y por tanto el inicio del procedimiento arbitral cuando se trate de dominios que vulneren ostensiblemente las normas vigentes sobre abuso de publicidad o correspondan a personas o instituciones o productos o servicios famosos. Hasta ahora esta facultad no ha sido ejercida por NIC CHILE.

b) Notificación vía electrónica de la existencia de una disputa:

A continuación, NIC CHILE procederá a notificar por correo electrónico a los solicitantes involucrados, que pueden ser dos o más. En efecto, cada solicitante, al presentar su solicitud vía electrónica, debe indicar una dirección de correo electrónico, dirección a la cual se le enviará la notificación informando de la disputa. Por ello es fundamental que la dirección de correo electrónico proporcionada por cada solicitante se encuentre en uso para que puedan tomar conocimiento de la notificación. La notificación de NIC CHILE contendrá individualización del dominio en disputa y los solicitantes que serán parte en el proceso arbitral, el llamamiento de las partes para que de común acuerdo designen un árbitro, una copia de la Reglamentación, la nómina de árbitros provisionales de acuerdo a los cuales según la regla del turno NIC CHILE designará uno a falta de designación de las partes.

Una vez iniciado el proceso de arbitraje, no se aceptarán nuevas solicitudes de inscripción para el nombre de dominio en disputa.

De la designación del árbitro y sus características y del procedimiento arbitral

a) Requisitos previos:

Tal como ya se ha indicado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del reglamento para proceder a la designación del árbitro, NIC CHILE verificará que todos los solicitantes hayan cancelado la tarifa que el mismo reglamento establece, y entregado los documentos que corresponda, para lo cual cada solicitante del mismo dominio dispone del plazo de 30 días a contar de la recepción de su respectiva solicitud, considerándose desistidos a quienes no cumplan oportunamente, en cuyo caso el proceso de arbitraje continuará sólo con los restantes. Se trata plazos individuales, que corren para cada una de las solicitudes según la respectiva fecha de presentación.

b) Elección o designación de un árbitro:

En cuanto a la designación del árbitro, en primer término el Reglamento, inspirado en la libre elección de los solicitantes, otorga en primer término la facultad a éstos de designar de común acuerdo un árbitro, que puede ser cualquier persona o institución arbitral que las partes acuerden. Sólo a falta de acuerdo, NIC CHILE procederá a designar un árbitro de una nómina de árbitros provisorios que se encuentra publicada en su misma página web (www.nic.cl). Esta nómina de árbitros provisorios será incrementada en el futuro en la forma que NIC CHILE determine.

c) De las características de los árbitros:

Según el artículo 10° del *Anexo 1 sobre Procedimiento de Arbitraje*, los árbitros tendrán el carácter de arbitrador, norma que es acertada, dado que no existe ley expresa que regule los nombres de dominios, siendo la norma aplicable en este caso la Reglamentación de NIC CHILE, suscrita por los solicitantes, como un contrato de adhesión celebrado con NIC CHILE que constituye una ley para las partes contratantes, así como aquellos derechos marcarios u otros que las partes involucradas aleguen en el respectivo proceso de arbitraje, tema que abordaremos más adelante. Señala el Reglamento que los árbitros están facultados para resolver respecto de su competencia o jurisdicción. En contra de las resoluciones del árbitro no procederá recurso alguno, norma que tiene por objetivo otorgar certeza jurídica a los solicitantes y una pronta solución de sus conflictos, sin perjuicio de la aplicación de la norma general en relación al recurso de queja. Sobre el particular cabe recordar que existe un fallo de los Tribunales de Justicia que ha confirmado la validez del mecanismo de arbitraje establecido en la Reglamentación. En efecto, un recurso de protección fue presentado respecto de la marca *Ondac*, ya que su titular solicitaba se le otorgara dicho nombre de dominio, el cual según el reglamento ya había sido otorgado a un tercero. Los tribunales resolvieron que el mecanismo para otorgar nombres de dominios y dirimir conflictos es el establecido en la Reglamentación y por lo tanto rechazaron el recurso.

d) *Cláusula que establece el arbitraje:*

Según puede apreciarse de lo expuesto, la misma Reglamentación establece que los solicitantes se obligan a acatar todas las normas de dicha Reglamentación (Anexo 1, artículo 1° y artículo 6° inciso 3° de la Reglamentación) y aceptan expresamente el sistema de arbitraje para dirimir los conflictos que puedan producirse en relación a nombres de dominios, con lo cual las partes sustraen el conocimiento de este determinado asunto de tribunales ordinarios y lo someten a la decisión de árbitros en la forma establecida en el Anexo citado del Reglamento. Expresamente así lo establece el artículo 12° del Reglamento, que señala que por el sólo hecho de presentar una solicitud, todos los solicitantes se obligan a aceptar el mecanismo de arbitraje... La peculiaridad consiste en que cada parte por separado, al momento de solicitar su dominio, es decir de suscribir el reglamento con NIC CHILE, se compromete y acepta el arbitraje como forma de resolver los conflictos respecto del dominio solicitado.

e) Lista de árbitros :

Si transcurrido el término de diez días las partes no han designado un árbitro de común acuerdo, NIC CHILE procederá a su nombramiento de la nómina provisoria indicada según el orden del turno, esto es siguiendo el orden consecutivo de dicha lista. Cada solicitante tiene derecho a eliminar sin causa tres nombres de la lista, con lo cual es posible anticipadamente evitar posibles recusaciones. Al respecto cabe señalar que en la práctica existe un gran cuidado por parte de los árbitros, quienes en numerosos casos en que han estimado que podría existir un conflicto de interés o una causal de recusación y no obstante no haber sido tachados ni recusados por ninguna de las partes se han excusado por su propia iniciativa de conocer de un determinado asunto.

Una vez que NIC CHILE ha designado el árbitro según el procedimiento del turno indicado, procede a notificar al árbitro mediante carta certificada y a enviarle el expediente o los antecedentes sobre el particular. El árbitro tiene un plazo de 5 días hábiles para aceptar o no el cargo. Si el árbitro acepta, la aceptación del cargo debe comunicarse NIC CHILE y a las partes mediante carta certificada. En dicha carta el árbitro citará a las partes a un primer comparendo de conciliación y de consignación de fondos para proseguir con el arbitraje. Las costas del arbitraje serán compartidas por las partes. Si una de las partes no concurre, no habrá conciliación o bien si ambas concurren y no hay acuerdo, deberán fijarse las reglas del procedimiento en primer término de común acuerdo por las partes. A falta de dicho acuerdo el árbitro fijará el procedimiento. El Reglamento contempla normas en caso de muerte o incapacidad sobreviniente del árbitro, caso en el cual se procederá al nombramiento de un nuevo árbitro de acuerdo al turno según la lista indicada.

Normas de fondo aplicable a durante el arbitraje

Cabe recordar que el solicitante es el responsable de que el nombre de dominio solicitado cumpla con las normas legales vigentes y no vulnere de derechos de terceros, por lo tanto quien presente una solicitud competitiva de dominio es libre para presentar ante el árbitro los argumentos que estime conveniente. Como norma de aplicación general y universal, y a falta de otra argumentación, respecto del otorgamiento de nombres de dominio, cabe citar el principio "first come, first served", que significa que los dominios se otorgan en base al orden en que éstos son solicitados, teniendo el primer solicitante la mejor opción al nombre solicitado, a menos que el desafiante o segundo solicitante presente mejores argumentos. Entre tales argumentos podría señalar que el dominio solicitado vulnera alguno de sus derechos, entre los cuales pueden citarse aquellos derechos

adquiridos por titulares de marcas registradas, el derecho de una persona respecto del uso de su propio nombre, o el uso de la razón social de una empresa. A falta de tales derechos y en igualdad de condiciones entre dos o varios solicitantes, si todos han cumplido oportunamente con todas las cargas que el Reglamento establece, es decir, han presentado una solicitud completa, han concurrido a los comparendos o audiencias ante el árbitro y han consignado fondos para el arbitraje, correspondería aplicar el principio conocido en Internet como "*first come, first served*", es decir, que el dominio deberá otorgarse a quien lo solicitó primero. También es aplicable dicho principio frente a la inactividad de todos los solicitantes, es decir, si ni el primer ni el segundo solicitante se presentan ante el árbitro, el dominio deberá asignarse igualmente al primero que lo solicitó.

Sobre la relación que existe entre los nombres de dominio y las marcas comerciales, cabe señalar que la jurisprudencia norteamericana ha resuelto que el hecho de contar con un registro de nombre de dominio no significa o no establece un derecho a que a dicho dominio se le otorgue protección marcaria. A contrario sensu, quien tenga una marca registrada tiene el derecho a ver dicha marca reflejada también en el respectivo nombre de dominio, si quien ha registrado el dominio no acredita tener sobre él un mejor derecho u otro equivalente (por ejemplo, ser titular también de una marca registrada). Al resolver un recurso de apelación, la Corte del Noveno Distrito de los Estados Unidos, sobre el dominio Moviebuff.com, resolvió que el mero uso de un dominio no constituye un "uso" de aquellos que permitirían adquirir un mejor derecho o prioridad para registrar tal dominio como marca.

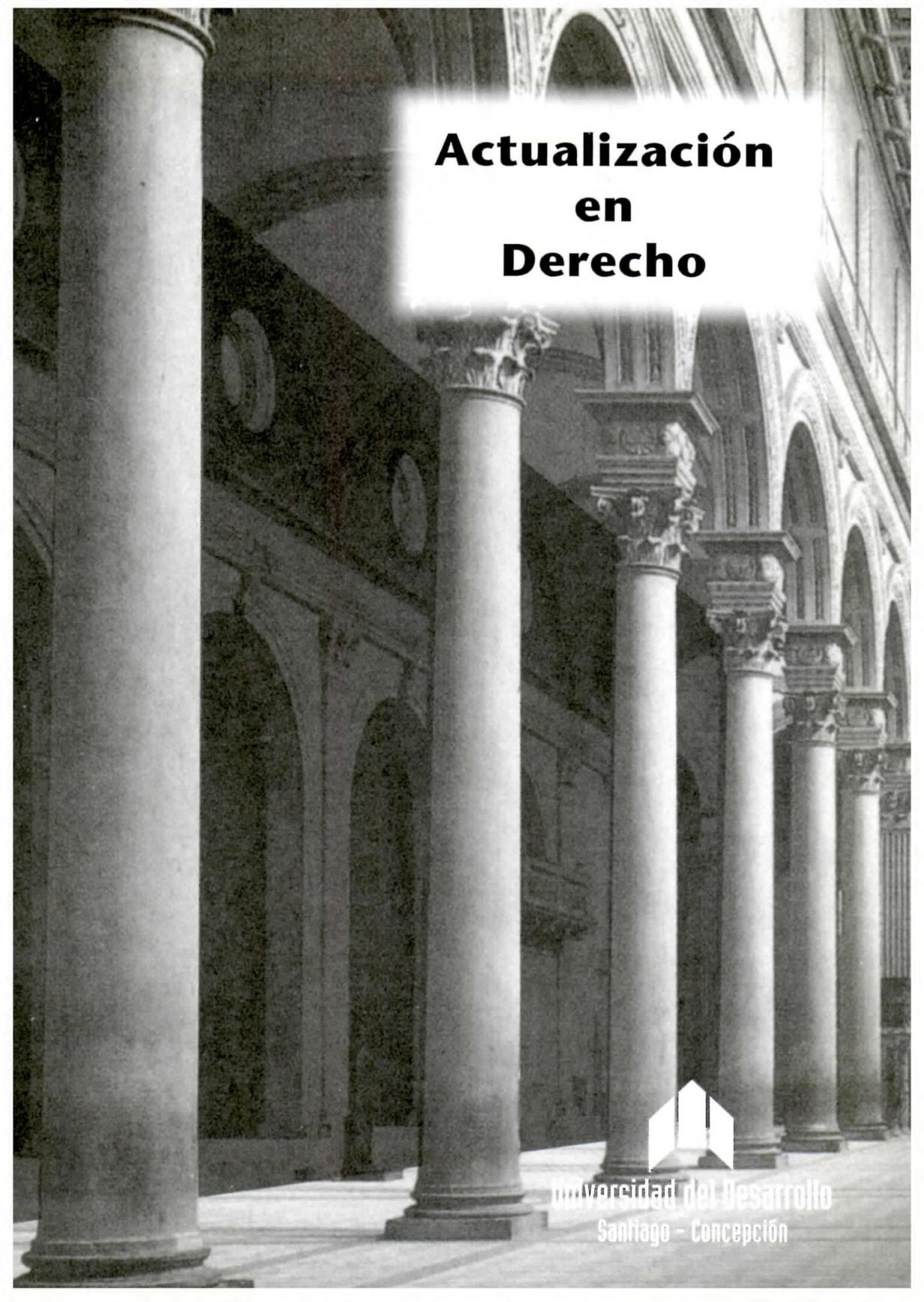
Experiencias en materia de arbitrajes y el futuro del sistema

Desde la entrada en vigor de la reglamentación, el número de conflictos ha disminuido, debido a que los solicitantes han comprendido que no lograrán tener éxito en el registro de un determinado nombre de dominio si dicho nombre no les pertenece o no pueden demostrar algún derecho sobre él.

Por otra parte, en numerosos casos se ha logrado un acuerdo ante el árbitro, por ejemplo mediante la adición al dominio solicitado de un prefijo o sufijo por alguna de las partes en litigio. Finalmente, también ocurre que algunos solicitantes, ante la perspectiva de un procedimiento arbitral, prefieren solicitar un nuevo dominio y abandonar el otro, ya sea expresamente o bien no presentándose ni participando en el procedimiento arbitral, de manera que dicho dominio sea en definitiva asignado por el árbitro a alguno de los otros solicitantes.

Por otra parte, la reciente incorporación del mecanismo de mediación gratuita ante NIC CHILE ha permitido una alta tasa de acuerdos evitando llegar a la instancia arbitral.

Finalmente, la incorporación de un mecanismo de revocación de dominios ya otorgados, si se prueban ciertos estrictos requisitos establecidos en la Reglamentación de NIC CHILE, entre éstos un legítimo derecho sobre el nombre de quien solicita la revocación y la mala fe del actual titular del dominio, contribuirá a otorgar mayor transparencia y garantía al sistema de otorgamiento de nombres de dominio en beneficio de quienes gozan de derechos suficientes que les permitirían legítimamente obtener su registro frente a un actual titular de mala fe.



Actualización en Derecho



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual*

Hugo Rosende Alvarez

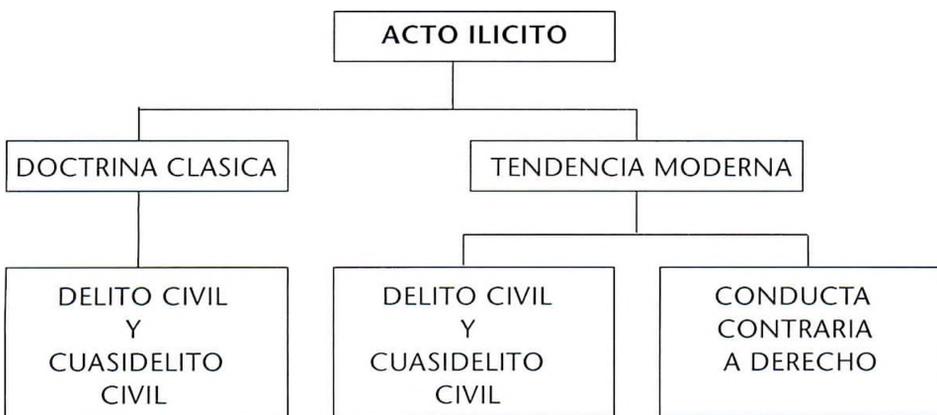
Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. El acto ilícito

a) Concepto

a.1) La doctrina clásica circunscribe el acto ilícito al delito y cuasidelito. El delito civil es el hecho ilícito cometido con la intención de dañar que ha inferido injuria o daño a otra persona, y el cuasidelito civil es el hecho culpable cometido sin la intención de dañar, que ha inferido injuria o daño a otra persona (Artículos 1437 y 2284 del Código Civil).

a.2) Las tendencias modernas definen el acto ilícito como un hecho del hombre, antijurídico, imputable, que causa daño y ejecutado con la intención de injuriar a otro o faltando a la diligencia debida. Por consiguiente, comprende no sólo el delito y el cuasidelito, sino los actos u omisiones contrarios a derecho.



* Estos comentarios sólo se refieren a algunas materias que se encuentran tratadas en profundidad y junto a otras de mayor extensión en el libro denominado "Responsabilidad extracontractual" del profesor Pablo Rodríguez Grez, publicado por la Editorial Jurídica de Chile el año 1999.

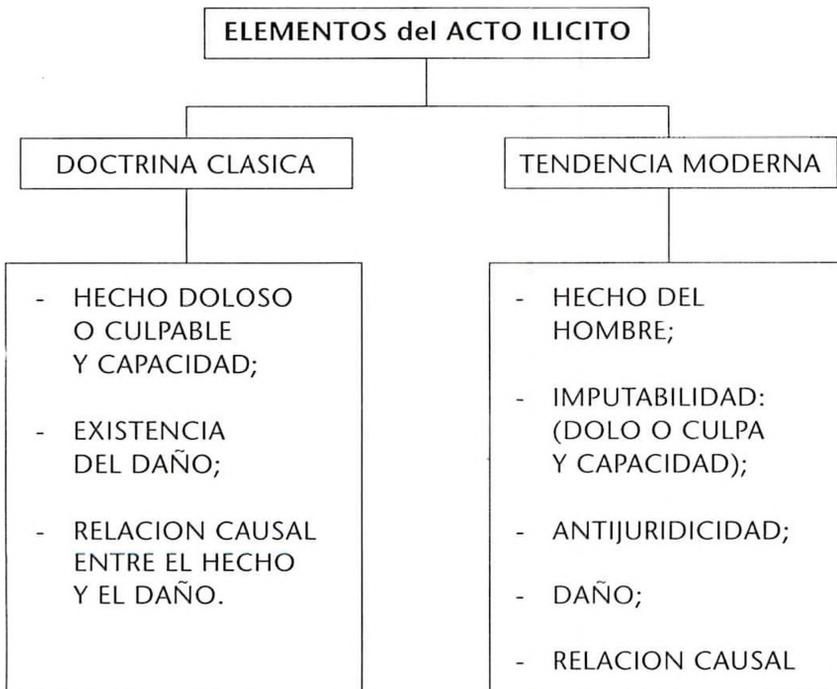
b) Elementos

b.1) Acorde con la definición dada, la doctrina clásica reconoce como elementos del acto ilícito:

- i) hecho u omisión del hombre;
- ii) Hecho u omisión doloso o culpable;
- iii) que se cause un daño a otro; y
- iv) que entre el hecho u omisión –doloso o culpable– y el daño exista una relación de causalidad.

b.2) Las nuevas tendencias incluyen los siguientes elementos:

- i) el hecho del hombre;
- ii) la imputabilidad: capacidad y dolo o culpa;
- iii) la antijuridicidad;
- iv) el daño; y
- v) la relación causal entre el hecho y su consecuencia dañosa.

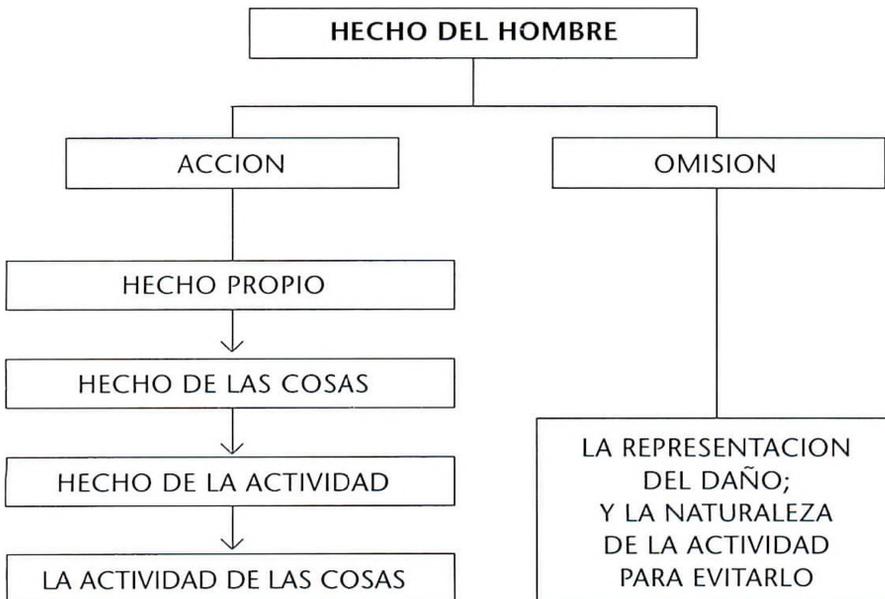


c) Comentario sobre la omisión de conducta en el ilícito civil

Por regla general, nadie está obligado a desarrollar una conducta activa sino en aquellos casos en que la ley lo ordena.

Surge, sin embargo, el problema de saber ¿cuándo se tiene el deber de actuar en ausencia de un texto legal expreso? La tendencia moderna responde que para dar respuesta a esta interrogante se deben considerar dos elementos complementarios, a saber: la representación del daño y la naturaleza de la actividad exigible para evitarlo. En este sentido, la responsabilidad por omisión procede en dos casos: cuando la abstención o pasividad infringe un deber de actuar dispuesto por la ley y, en ausencia de un mandato legal, cuando el sujeto se representa el daño y sabedor de poder evitarlo sin riesgo significativo, se mantiene pasivo y el efecto dañoso se consuma.

El fundamento de la responsabilidad por la omisión, en ausencia de texto legal expreso, es el deber de solidaridad, que es una forma de concretar el principio de *"neminem laedere"* o de no causar daño a otro por acción u omisión. Un buen ejemplo del reconocimiento de lo que se viene planteando lo constituye el artículo 494 N° 14 del Código Penal, que sanciona como falta al "que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio".



2. La antijuridicidad

a) La doctrina clásica destaca como elemento relevante de la responsabilidad civil la existencia de un hecho dañoso y no la ilicitud, dejando la impresión que la ilicitud queda absorbida por el elemento subjetivo del dolo o la culpa.

b) La tendencia moderna pone el acento en el daño y agrega que éste es antijurídico, salvo que concorra una causal de justificación. Incluso, dentro de este criterio, se separa la actividad (que puede ser lícita) y el daño, que, en principio, es antijurídico.

c) El mayor aporte de la tendencia moderna lo constituye la incorporación de la antijuridicidad como elemento del acto ilícito. En nuestro país los intérpretes ignoran en el acto ilícito la antijuridicidad y ésta la subsumen en el dolo o la culpa, al tenor del artículo 2329 del Código Civil: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otras personas debe ser reparado por ésta".

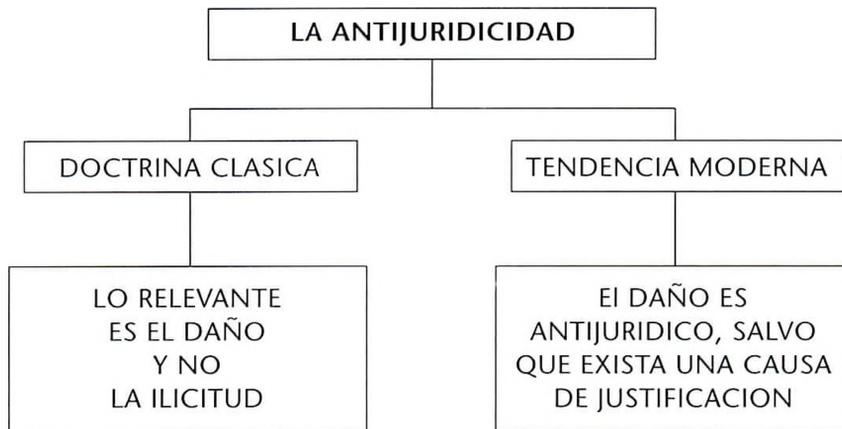
3. La antijuridicidad en las nuevas tendencias

a) La antijuridicidad se inserta en la ampliación del ámbito del acto ilícito, comprensivo de los delitos y cuasidelitos civiles y de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, ya sea respecto de normas específicas o del sistema jurídico en su integridad.

b) A juicio de los autores que se inspiran en las modernas corrientes de pensamiento acerca del ilícito civil, la antijuridicidad consiste en la contradicción entre una determinada conducta y el ordenamiento normativo particular o general.

c) La antijuridicidad se clasifica en antijuridicidad formal y material. En el primer caso, la conducta contradice una norma expresa del ordenamiento jurídico, y en el segundo, la conducta contraviene el orden público, las buenas costumbres, el sistema económico o político, o los principios de derecho.

d) Se advierte en esta materia una diferencia profunda entre la antijuridicidad penal y civil. En lo criminal, la antijuridicidad es cerrada, porque no hay delito y no hay pena sin ley (Principio del *nullum crimen nulla poena sine legem*). En lo civil, la antijuridicidad es abierta y comprende la antijuridicidad formal por infracción de una norma expresa y la antijuridicidad material por el quebrantamiento general del orden jurídico.



4. La antijuridicidad material y la antijuridicidad formal en el ilícito civil

a) La antijuridicidad material exige la concurrencia de los elementos generales del acto ilícito genérico o de tipicidad abierta. Estos son: hecho del hombre, imputabilidad, antijuridicidad, daño y relación causal.

b) La antijuridicidad formal plantea un ilícito civil típico o cerrado y la responsabilidad extracontractual se satisface con la simple ejecución de la conducta tipificada en la ley. Sus elementos son: el hecho del hombre, la capacidad, la conducta descrita en la ley, el perjuicio y la relación causal. La imputabilidad por la culpa o el riesgo está implícita en el incumplimiento de la norma. Dicho en términos positivos, la imputabilidad se presume con la ejecución de la conducta descrita en la ley. Ejemplos de antijuridicidad formal se encuentran en los artículos 631 del Código Civil, respecto de las diligencias necesarias para la recuperación de las especies perdidas; 667 del mismo Código, sobre la especificación; 934 del Código Civil, sobre querrela posesoria por la ruina de un edificio; 1285, 1286 y 1287 del mismo cuerpo de leyes acerca de las obligaciones de los albaceas y otras.

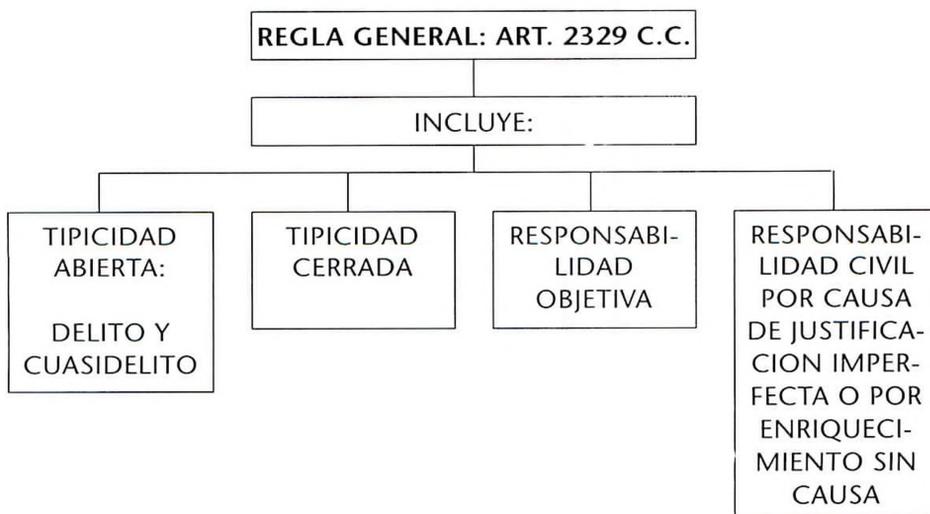
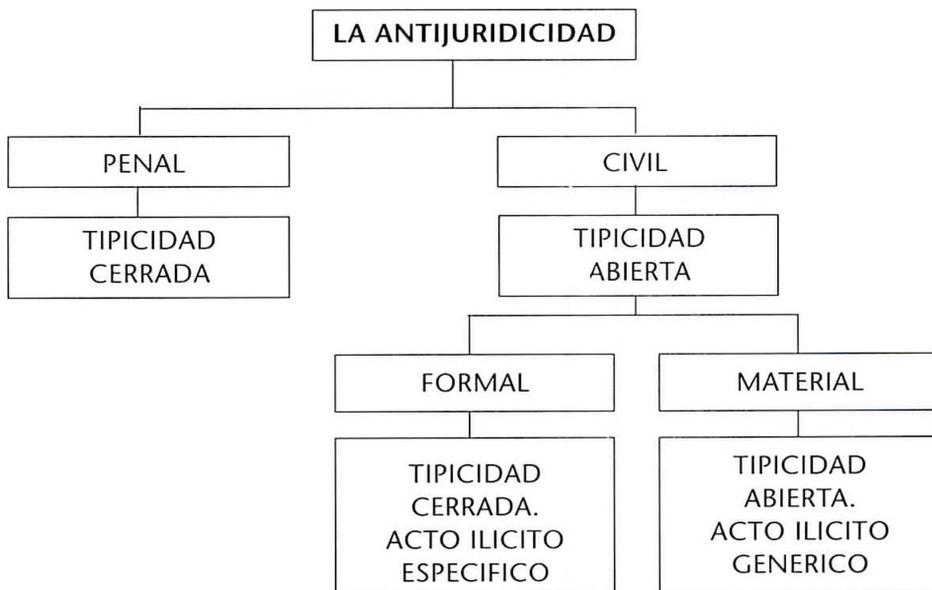
c) A modo de síntesis, puede hacerse la siguiente distinción de los actos ilícitos a la luz de las nuevas tendencias:

i) el acto ilícito civil genérico o de antijuridicidad material, que exige la concurrencia de los elementos del delito o cuasidelito civil;

ii) el acto ilícito civil típico o comprendido en la antijuridicidad formal, en el cual la satisfacción de la conducta escrita en la ley hace surgir la respon-

sabilidad y la antijuridicidad absorbe el elemento subjetivo de la culpa o el riesgo; y

iii) la responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo (como una nueva forma de culpa) y en una norma expresa que ordena la reparación sobre la base de la relación causal material.





5. Las causas de justificación

a) La doctrina clásica señala que las causas de justificación no deben tratarse como excepciones a la antijuridicidad, sino como un “conflicto de deberes”, que el autor resuelve escogiendo el deber más importante. Son ejemplos de este conflicto de intereses la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida y otros.

En nuestro país, se ha considerado que la exención de responsabilidad civil en los casos anotados obedece a la ausencia de dolo o culpa.

b) La tendencia moderna, enfocada hacia nuestro ordenamiento civil, sostiene que la regla general de la antijuridicidad está contemplada en el artículo 2329 del Código Civil, que establece: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

Se interpreta este precepto diciendo que:

- es antijurídico todo daño que provenga de dolo o culpa de su autor, porque el acto que lo produce es contrario al ordenamiento jurídico;
- es antijurídico todo daño que provenga de una conducta prohibida o sancionada por la ley;
- el artículo 2329 del Código Civil no excluye la responsabilidad objetiva; y
- el mismo precepto incluye la responsabilidad civil, aunque exista una causa de justificación, sujeto, sin embargo, al principio de enriquecimiento sin causa.

c) Las modernas tendencias señalan que las causas de justificación hacen desaparecer la antijuridicidad, convirtiendo el acto en legítimo y ajustado a derecho.

En nuestro país, esas causas de justificación son:

- la legítima defensa;
- el estado de necesidad;
- el que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable; y
- el que obra en ejercicio legítimo de un derecho.

i) La legítima defensa aparece contemplada en los números 4°, 5° y 6° del artículo 10° del Código Penal como eximente de responsabilidad criminal y, en general, sus requisitos son: agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

En el derecho privado, la tendencia moderna es partidaria de aplicar la legítima defensa como causa de justificación y, por ende, de eximente de responsabilidad civil. Aplica los mismos requisitos exigidos en materia penal, con la única salvedad de reemplazar la "necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión injusta o ilegítima" por la "proporcionalidad racionalidad entre el daño que se evita y el daño que se causa".

Se da como ejemplo los daños que puedan causarse un policía y un asaltante con motivo de la represión del primero a la agresión provocada por el segundo. La conducta del policía aparece doblemente legitimada, tanto por la legítima defensa como por el cumplimiento de su deber. En cambio, el proceder del asaltante constituye siempre una agresión ilegítima.

ii) El estado de necesidad se encuentra previsto como eximente de responsabilidad penal en el número 7° del artículo 10 del código del ramo. Sus requisitos son: realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar; que sea mayor el daño evitado que el causado para evitarlo; y que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

En el derecho civil, la tendencia moderna postula la aplicación sin variantes del estado de necesidad en la forma señalada en lo penal. Sin embargo, los efectos de la causa de justificación sólo alcanzan la comisión del acto ilícito, el cual pasa a ser lícito o conforme a derecho. Con todo, deja a salvo a favor de la víctima la *actio in rem verso* derivada del enriquecimiento sin causa obrado a favor del que actuó en estado de necesidad y en detrimento del que sufrió los daños. La compensación se limitará a los daños materiales causados hasta restaurar el equilibrio de patrimonios.

iii) El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

Esta causa eximente de responsabilidad criminal del N° 9° del artículo 10 del Código Penal, es considerada también como justificatoria de la antijuridicidad civil. En verdad, ella se acerca mucho a la exclusión del dolo o la culpa.

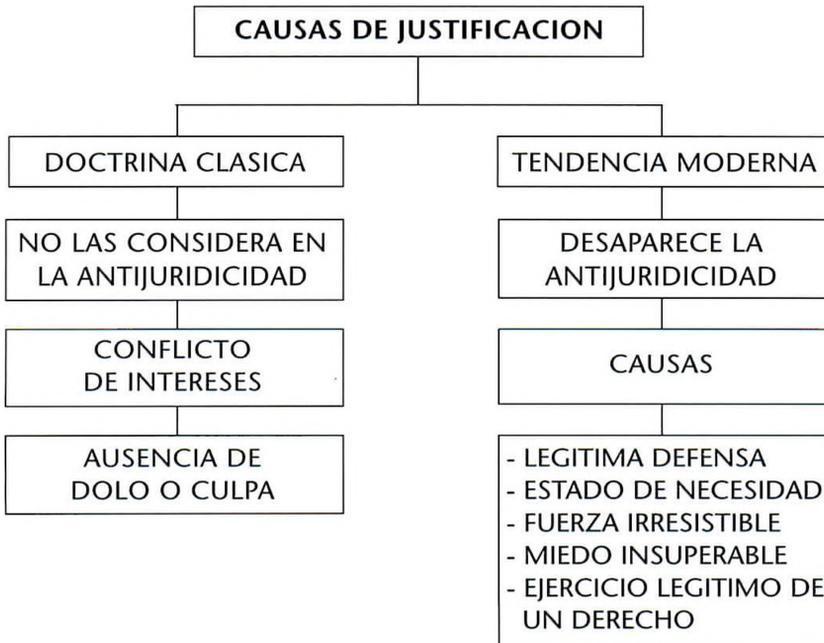
En materia civil, por regla general, la justificación hará que la víctima soporte el daño como un caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, si el

hecho que genera la fuerza irresistible o el miedo insuperable fuere la actividad humana de un tercero, puede la víctima perseguir la responsabilidad del comprometido en ello.

iv) El que obra en ejercicio legítimo de un derecho o en cumplimiento de un deber es exculpado de responsabilidad criminal según el número 10 del artículo 10° del Código Penal.

La tendencia moderna postula su aplicación en el ámbito civil y específicamente como causa de justificación de la responsabilidad civil. A juicio de los autores que participan de este criterio, el ejercicio de un derecho que efectivamente se tiene y en el marco de la realización del interés jurídicamente protegido por la norma positiva, no constituye un acto que pueda generar una sanción civil. A diferencia de lo que acontece con el acto abusivo, en el cual se ejerce un derecho no para satisfacer el interés jurídicamente tutelado, sino para lograr otro interés o proyectándolo más allá de lo que corresponde.

En definitiva, la causa de justificación importa el reconocimiento expreso de que el daño –así sea causado con dolo o culpa- no impone responsabilidad, desde que no hay antijuridicidad.



6. La relación causal

a) El nexo causal determina que un hecho produce como resultado un efecto dañoso.

b) Se ocupan de esta materia los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. El primero, dice: "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro", y el segundo, dispone: "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona...", serán responsables del resarcimiento a la víctima.

En los preceptos citados se concentra la relación causal, y de ellos se desprende por qué y hasta dónde responde el autor del hecho ilícito.

c) La causalidad exigida para el nacimiento de la responsabilidad civil debe ser jurídica y se basa en la causalidad material.

Para ilustrar esta situación puede darse el siguiente ejemplo: un amigo visita a otro en Puerto Montt y decide regresar a Santiago el séptimo día. A requerimiento de su anfitrión, permanece un día más y regresa a la capital en avión el octavo día. Este vuelo sufre un accidente y el pasajero queda lesionado.

Ciertamente el requerimiento del anfitrión opera como causa física de las lesiones del amigo. Pero no hay causalidad jurídica, porque no opera la imputación (dolo, culpa o riesgo creado) ni la antijuridicidad. De allí entonces que su intervención en modo alguno puede comprometer su responsabilidad jurídica. La razón es sencilla, porque sólo puede haber responsabilidad en la combinación de la causalidad física y la jurídica.

d) Se complica, sin embargo, el estudio de la relación causal frente a la coexistencia de multiplicidad de causas o concausas y ante la interrupción del nexo causal, total o parcialmente.



La doctrina tradicional ha preferido seguir la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la responsabilidad civil. En cambio, la tendencia moderna adhiere a la causalidad adecuada, esto es, cuando obedece a un hecho del hombre que le es imputable, sujeto a que el daño causado haya sido razonablemente previsible según los estándares ordinarios. De este modo, la relación causal se aprecia como un elemento objetivo del ilícito.

Un ejemplo servirá para explicar ambas doctrinas: Aníbal se trenza a puñetes con Bernabé y éste luego de recibir dos golpes en la cara huye del lugar atravesando la calzada. A consecuencia de su descuido Bernabé es atropellado por el automóvil conducido por Carlos, que transita a exceso de velocidad, lo que le impide evitar el accidente. Bernabé es conducido herido al hospital y es atendido por un médico en estado de ebriedad, quien no le administra el tratamiento adecuado. A resultas de lo anterior, Bernabé fallece...

La pregunta que surge del ejemplo dado es: ¿quién responde de la muerte? Si hay responsabilidad de todos, ¿en qué grado responde cada uno de ellos?

La doctrina clásica resuelve la interrogante haciendo solidariamente responsables a quienes intervienen, produciendo la exculpación o atenuando la responsabilidad de ellos a la luz de los elementos subjetivos del dolo o la culpa.

La tendencia moderna utiliza la causalidad adecuada y la relaciona con la previsibilidad de los daños según los estándares normales y los resultados se comprueban en el siguiente gráfico:

ACTORES	CAUSA	PREVISIBILIDAD ADECUADA	ESTANDAR NORMAL
Anibal El agresor	Lesión leve: Golpe	Daño: leve Imprevisible: - Cruce calle - Auto a exceso de velocidad	Responde de daños por lesiones leves
Carlos El conductor	Lesión grave. Exceso velocidad	Daño: Previsible Exceso velocidad Imprevisible: cruce víctima	Responde por daños por lesiones graves
Médico tratante	Muerte Ebriedad Mala praxis	Daño: Previsible Muerte	Responde por daño de muerte
Víctima	Inició el pugilato. Imprudencia al cruzar la calle	Daño: Previsible Golpes recíprocos Imprudencia. Exposición al daño (2330)	Reduce el monto de la indemnización.

El resultado práctico de este enfoque es la simplificación del concierto de teorías sobre las concausas, esto es, la equivalencia de las condiciones, la causa próxima, la causa más eficaz o activa, la causa eficiente, la causa adecuada, la causa preponderante, la teoría del seguimiento y otras.

7. La interrupción del nexo causal

a) El **nexo causal** determina que un hecho produce como resultado un efecto dañoso.

La **interrupción del nexo causal** consiste en que entre el hecho y el daño interfiere otra causa.

b) La interrupción del nexo causal la produce la causa ajena.

Ella está constituida por:

- i) el hecho de un tercero;
- ii) el hecho de la víctima; o
- iii) el caso fortuito o la fuerza mayor

LA CAUSALIDAD FISICA Y JURIDICA



LA INTERRUPCION DE LA CAUSALIDAD



c) La causa ajena puede tener distintos efectos.

Puede excluir la responsabilidad o hacer operar la doctrina de las concausas.

El gran avance de la tendencia moderna consiste en el reconocimiento de la causalidad adecuada con la previsibilidad del daño conforme a estándares ordinarios, frente a la teoría de la equivalencia de las condiciones.

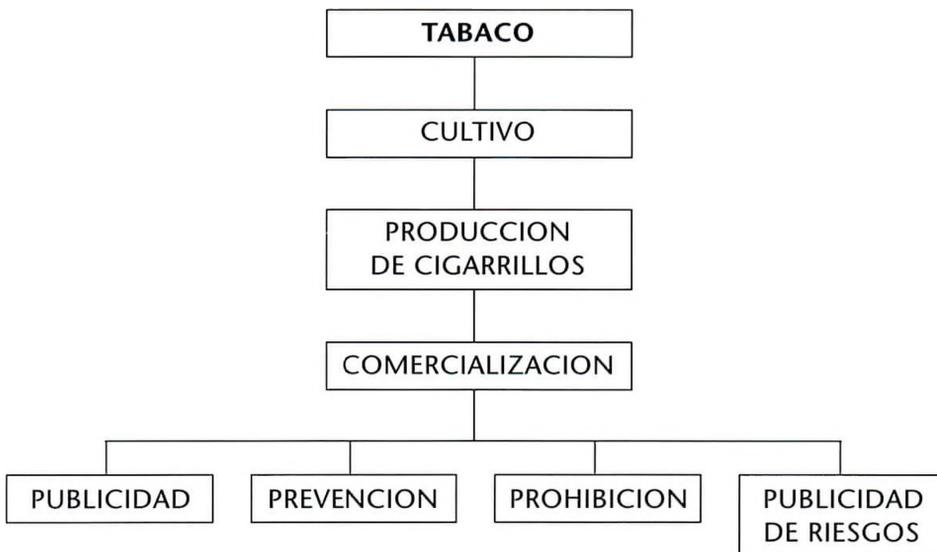


8. La aceptación calificada del daño y la transferencia del riesgo

En esta materia se ha debatido intensamente –especialmente en el extranjero– el caso del fumador.

En el análisis de este tema se formulan las siguientes preguntas:

- a) La fabricación y comercialización del cigarrillo ¿es un acto antijurídico?
- b) ¿Existe un vínculo de causalidad entre fumar y el daño al fumador?
- c) ¿Es admisible que la aceptación del daño o la asunción del riesgo por el fumador excluya la culpa del fabricante de cigarrillos?



Desarrollo:

a) La fabricación y comercialización de cigarrillos es una actividad regulada, o sea, permitida por la ley

Existen normas que regulan la propaganda y promoción del consumo del tabaco. Asimismo, hay programas de prevención del tabaquismo incluso en el ámbito escolar. Se prohíbe el consumo del tabaco en ciertos lugares. En la publicidad se indican los peligros del consumo del tabaco, señalándose como advertencia que “el tabaco puede producir cáncer”. Finalmente, la autoridad sanitaria califica el tabaco como una sustancia tóxica, irritante, nociva y capaz de dañar la salud.

Como una conclusión preliminar, se puede decir que la fabricación y comercialización de cigarrillos no es una actividad antijurídica.

b) El riesgo de fumar

La doctrina distingue tres aspectos en el fumador: la predisposición al daño, el consumo y el abuso del tabaco, y la aceptación del riesgo del tabaco.

De acuerdo con estos criterios, la relación causal entre el fabricante de cigarrillos y el fumador se interrumpe por el hecho de este último en caso de sufrir un daño a su salud.

c) ¿La conducta del fumador excluye la responsabilidad o culpa del fabricante de cigarrillos?

La respuesta que se dé a esta interrogante dependerá de considerar si el tabaco es una sustancia adictiva o se utiliza sólo como hábito.

Según cuál sea la respuesta, habrá exclusión de responsabilidad del fabricante o éste será considerado como concausa del daño sufrido por la víctima.



9. La prueba y evaluación del daño

a) La aligeración de la prueba

i) **La doctrina clásica** exige a la víctima probar: el hecho imputable; el dolo o la culpa del autor; el daño causado, y la relación causal.

Son atenuaciones a las exigencias señaladas las presunciones de responsabilidad: sobre hecho propio, hecho ajeno, hecho de las cosas inanimadas y hechos de los animales.

ii) **La tendencia moderna** inserta la creación del riesgo como factor de imputación del ilícito civil.

De otra parte, la tendencia moderna procura que se retroceda en la relación causal. Mientras la doctrina clásica exige la relación causal inmediata y directa para acceder al resarcimiento, la tendencia moderna busca retrotraer el vínculo causal hasta el creador del riesgo. Incluso se establecen presunciones de causalidad, como acontece con ciertos espectáculos deportivos a los que la autoridad califica de alto riesgo. Lo propio puede decirse respecto de ciertos espectáculos musicales o concentraciones masivas de personas con fines políticos o de reivindicaciones sociales.

b) Criterios para fundar un nuevo derecho de daños

i) **La doctrina clásica:** se basa en una concepción subjetiva fundada en el dolo o la culpa del autor del daño.

ii) **La tendencia moderna:** plantea tres criterios para establecer la responsabilidad.

Ellos son:

- **El del fuerte y el débil.** Su fundamento se encuentra en la necesidad de hacer frente a la desigualdad económica de las partes.
- **El del experto y el profano.** Se basa en la desigualdad del conocimiento y de la información entre el autor del daño y la víctima.
- **El criterio de centrar la óptica en la víctima.** Conforme a este pensamiento, la responsabilidad debe ser tratada como un crédito de la víctima. Por consiguiente, corresponderá al imputado probar que la obligación no existe o que se ha extinguido. Esta teoría surge en defensa de aquellos casos en que el daño emana de una determinada actividad comercial o industrial sin que pueda precisarse qué agente específico es el causante del daño. El criterio basado en la óptica de la víctima invierte el peso de la prueba.



c) La prueba del daño moral o su evaluación

i) **La doctrina tradicional** plantea que la apreciación del daño moral debe sujetarse al criterio subjetivo del juez, en cuyo caso se aplicará su sentido de equidad para paliar el dolor de la víctima o de sus seres cercanos. En definitiva, corresponderá al juez fijar –como resarcimiento– el precio del dolor.

ii) **La tendencia moderna** establece diversos criterios, que son los siguientes:

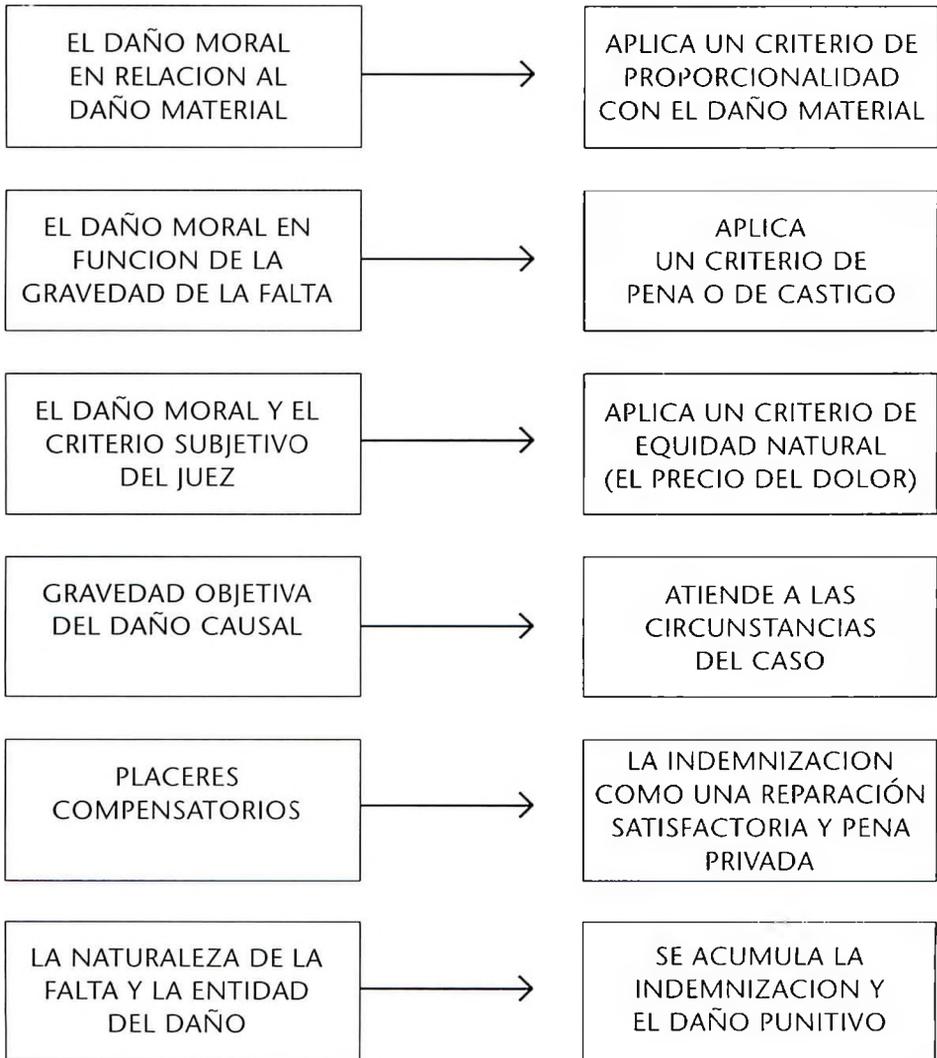
- El daño moral evaluado en relación al daño material, lo cual supone establecer un criterio de proporcionalidad del daño moral en relación con el daño material.
- El daño moral evaluado en función de la gravedad de la falta, en cuyo caso el daño moral reviste la naturaleza de pena civil o de castigo.
- El daño moral evaluado en consideración a la gravedad objetiva del daño causado, para lo cual atiende a las circunstancias del caso.
- El daño moral evaluado en razón de los placeres compensatorios del dolor sufrido, en cuyo evento se considera la indemnización como reparación satisfactoria y como pena privada.
- El daño moral evaluado según la naturaleza de la falta y la entidad del daño, produce la acumulación de la indemnización ordinaria y el daño punitivo, este último recogido en la legislación de ciertos estados de los Estados Unidos de Norteamérica.



DOCTRINA CLASICA	TENDENCIA MODERNA
<p>CRITERIO GLOBAL FUNDADO EN EL PRECIO DEL DOLOR.</p>	<p>CRITERIOS ESPECIFICOS DE PONDERACION.</p>
	<ul style="list-style-type: none"> • HECHO ILICITO: <ul style="list-style-type: none"> • GRAVEDAD DEL HECHO Y • SUS CONSECUENCIAS SOCIALES.
	<ul style="list-style-type: none"> • AUTOR DEL DAÑO: <ul style="list-style-type: none"> • PERVERSIDAD; • LUCRO; • CULTURA; • SITUACION SOCIAL Y ECONOMICA.
	<ul style="list-style-type: none"> • VICTIMA (DIRECTA O INDIRECTA) <ul style="list-style-type: none"> • PROYECCION DEL TIEMPO; • SEXO; • SENSIBILIDAD; • EDAD; • POSICION SOCIAL, ETC.
<ul style="list-style-type: none"> • DERECHO O INTERES LESIONADO: <ul style="list-style-type: none"> • HONRA; • DIGNIDAD; • INTIMIDAD, ETC. 	

EL DAÑO MORAL: SU VALORACION

DOCTRINAS



iii) Comentario acerca de la evaluación del daño moral

- En nuestro sentir, la idea de fijar un precio al dolor fundado en criterios de equidad del juez no merece las críticas severas que a veces se formulan a estos respectos. Al emitir su juicio en equidad o en conciencia, ciertamente el juez pondera los distintos factores que plantean las diversas tendencias. Tal vez, el defecto de ese procedimiento deba encontrarse en que el juez no indica los motivos que lo conducen a su conclusión, no obstante que pueda sopesarlos en su fuero interno.
- De otra parte, la tesis de considerar el daño moral como una pena privada carece, a nuestro juicio, de sustento en nuestro ordenamiento positivo, pues éste sólo la reconoce en la cláusula penal. A ello se agrega que en nuestro derecho la indemnización de perjuicios está concebida como resarcimiento del daño causado y no como pena privada, salvo en la cláusula penal, que opera como indemnización y garantía.
- Los peligros de las nuevas tendencias se expresan, en nuestra opinión, en la mercantilización de la responsabilidad civil, ya sea por la incorporación del denominado daño punitivo cuanto por el exceso de demandas, que produce como consecuencia el incremento desmedido de los seguros.
- Finalmente, existen dos temas que se deben abordar en el ámbito del daño moral: si es posible accionar por el daño extrapatrimonial sufrido por la persona que ha perdido su vida (situación que se ha presentado en el caso de accidentes aéreos como los de Faucett y Aero-Perú) y si es admisible accionar por el daño moral sufrido por los fetos víctimas de prácticas abortivas.

La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad

Nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva

César Parada Guzmán

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

La sociedad romana se articuló sobre tres grandes máximas del comportamiento social: **Vivir honestamente; dar a cada uno lo suyo; y no causar daño a los demás.**

Esta tercera máxima alcanzó su protección a través de la "*lex aquilia*". Esta norma tenía una finalidad resarcitoria y el fundamento de la responsabilidad del causante del daño era la culpa en cualquiera de sus grados, por cuanto en el derecho clásico el fundamento de este resarcimiento estaba en el pecado y la subsiguiente coerción moral de reparar sus efectos.

Esta concepción romana de la responsabilidad civil se mantuvo intacta hasta finales del siglo XIX y se plasmó legislativamente en el Código de Napoleón, que como se sabe sirvió de fuente inspiradora a nuestro Código Civil del año 1855.

En la época en que fueron dictados estos códigos, las sociedades para las cuales debían regir eran sociedades eminentemente agrícolas y artesanales. No se había producido la revolución industrial y menos la revolución tecnológica, que, de más está explicarlo, han producido cambios extraordinarios en la vida social, política y económica de los pueblos.

No obstante que nuestro legislador civil fue más amplio en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual que su modelo, el Código Civil francés, ocurre que la interpretación que los tribunales han hecho de las normas respectivas son diametralmente opuestas. Basta recordar que la Corte de Casación francesa, ya en el año 1896, en el

curso de un proceso en que se reclamaban los daños sufridos por la explosión de una caldera, afirmaba que: **“La víctima de un accidente producto de una cosa está eximida al tenor del artículo 1384 N° 1 de probar la culpa del responsable de la cosa, con lo cual introdujo un elemento de objetivización de la responsabilidad civil extracontractual que nuestros tribunales no se han atrevido a realizar”**.

Ya veremos más adelante que los tribunales franceses, con normas parecidas a las contenidas en el Código Civil chileno, han hecho una labor interpretativa de la más alta importancia, y no se han mantenido –como por desgracia ocurre en nuestros tribunales– en un inmovilismo jurídico no acorde con los tiempos que se viven y la necesidad de dar solución a los problemas de las personas.

Por eso es que es discutible si nuestra situación actual puede ser objeto de una revisión por la simple vía interpretativa y judicial o si realmente deberá realizarse una reforma legislativa.

El tema de la responsabilidad civil, considerada ésta como la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar los perjuicios a otra o como “el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación” y entendiendo que la obligación de cuyo incumplimiento se trata puede estar establecida en el contrato –vale decir, haber sido asumida voluntariamente por el deudor de dicha conducta– en cuyo caso se habla de responsabilidad contractual, o dicha obligación encontrarse establecida en la ley, en cuyo caso se habla de responsabilidad extracontractual, la que a su turno puede ser legal, delictual o cuasidelictual o cuasicontractual, se encuentra superado. Basta con examinar el tratamiento que sobre el dolo extracontractual se contiene en la obra de don Arturo Alessandri Rodríguez sobre la Responsabilidad Extracontractual, para advertir que mantenerse bajo esos esquemas no soluciona los problemas actuales.

Todas estas materias han sido subsumidas en lo que actualmente se conoce con el nombre de Teoría del Derecho de los Daños, materia que trataremos a continuación.

II. Del Derecho de Daños

En un sentido general podríamos decir que el *derecho de daños*, además de la prevención de los mismos, tiene por fin garantizar a las personas una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo, ya sea en su persona ya sea en sus bienes, y en una concepción más amplia, asegurar a los grupos intermedios o a la sociedad la protección y reparación de los llamados *intereses colectivos*.

Hoy se acepta pacíficamente hablar de *un crédito a la indemnización* más que de una deuda de responsabilidad. Lo dicho demuestra un cambio en la concepción de la doctrina civilista y del hombre frente al daño. El daño ya no es tomado como una carga que debe soportarse con resignación por ser un designio divino.

En el aspecto jurídico se ha dado una redimensión del elemento *daño* aceptándose otros daños resarcibles, como por ejemplo los *daños colectivos*; se aprecia una ampliación en los límites de la responsabilidad objetiva lográndose mediante la aplicación de dichos factores la solución adecuada a un sinnúmero de casos que plantea la sociedad actual. Por otra parte, el elemento *antijuridicidad* está en crisis, pues existen claros supuestos de responsabilidad por actos *lícitos*. Toda esta situación es acompañada por el intento de tomar medidas preventivas y de establecer sistemas colectivos de reparación.

Hoy se plantean temas sumamente interesantes y de máxima gravedad, como es el *riesgo del desarrollo*, que sitúa la discusión en definir quién asumiría las consecuencias *nocivas* de un producto que al momento del lanzamiento al mercado se consideraba inocuo, pero que posteriores investigaciones científicas demuestran su *nocividad*. Es del caso recordar lo que autores extranjeros han escrito con motivo, por ejemplo, de los casos producidos por la talidomina. Parte de la doctrina civilista adhiere a la posición de considerarlo un *riesgo de la empresa* o de actividad y por lo tanto no tiene el carácter de caso fortuito extraño a la cosa y el fabricante debe soportar la carga del resarcimiento del daño.

Es precisamente en este tema de la reparación cuando los juristas acuden al auxilio de las teorías económicas y se aplica el *market share* o responsabilidad por la participación en el mercado como solución ante una imposibilidad de determinar *el verdadero autor del daño*. Otros ejemplos de su aplicación pueden darse en temas de daño ambiental, como el de la destrucción de la capa de ozono por las aeronaves o, también ligada a la actividad aeronáutica ciertos daños particulares como los producidos a los municipios vecinos al aeropuerto de Orly, caso resuelto por la Corte de

Apelaciones de París, que condenó a las compañías aéreas en la proporción que usaban dicho aeropuerto.

Si pensamos en los *casos emblemáticos* de nuestro país, como la contaminación ambiental y acústica de la ciudad de Santiago, producida por industrias, locomoción colectiva y automóviles, o la contaminación de ríos y lagos del sur a causa de la descarga clandestina de residuos industriales, vemos la necesidad de desentrañar el funcionamiento de la *teoría de la participación en el mercado* para reflexionar si es aplicable en el derecho chileno.

Esa es la línea que queremos seguir, pero no podemos dejar sin tratar la cuestión de la *responsabilidad colectiva*, ni olvidar que este tema nos sitúa otra vez frente a la nueva dimensión del *daño*, la de la existencia de un *daño colectivo* que puede coexistir con la presencia de un daño individual.

En la sociedad tecnológica es frecuente que la víctima *no pueda identificar al autor del daño*, cuyo es el caso por ejemplo de la víctima de un producto farmacéutico que es producido por varios laboratorios, no pudiendo probarse, por haber desaparecido los envases respectivos, cuál fue la empresa que fabricó el producto consumido y que causó el daño. En el derecho norteamericano al parecer para facilitar el accionar de las víctimas damnificadas, la Corte de California adoptó en 1977 la *teoría del market share* en el caso *Sindell con Abbot Laboratories*.

El caso es el siguiente:

La Food and Drug Administration (F.D.A.) dio autorización a diferentes laboratorios farmacéuticos para comercializar el producto conocido con las siglas D.E.S. (era una síntesis de una hormona femenina –estrógeno - para evitar el aborto espontáneo) y fue puesta en el mercado por unas trescientas empresas; en el año 1971 se revocó la autorización. Estimaciones realizadas indicaron que en 1977 se calculaba en tres millones el número de mujeres que sufrían un tipo particular de tumor precanceroso en el cuello del útero y cuyas madres habían consumidos medicamentos con la droga D.E.S. Los estudios realizados llegaron a la conclusión de que existía un nexo entre el consumo de la sustancia por las madres y la presencia de la afección en sus hijas.

Lo anterior originó un sinnúmero de demandas contra los laboratorios, médicos, farmacéuticos y la autoridad que otorgó la autorización. Con el criterio que no habían tenido participación en la elaboración, se rechazaron las demandas contra médicos y farmacéuticos; con respecto a la Food and Drug Administration (F.D.A.), ésta se benefició por la inmunidad prevista en la Federal Tort Claim Act de 1976.

En el caso *Sindell con Abbot Laboratories* la Corte de California sentó la tesis del *market share*, por la que desde que el demandado ha elaborado productos y los ha introducido en el mercado produciendo daños, debe probar que no ha sido el suyo –esto es, su producto– el que causó el daño, y que de no poder acreditarlo y como la actividad no es desempeñada solamente por él, debe responder en la proporción de su participación en el mercado. Así, si veinte laboratorios fabrican el producto, pero sólo tres de ellos controlan el 90% de la producción, cada uno de ellos contribuirá a la reparación del daño conforme a la participación que tiene en el mercado consumidor.

La Corte de California –cuya posición fue seguida por la Corte de Chicago– consideró que la responsabilidad por el todo, de cualquiera de los sujetos elaboradores del producto era la consecuencia *injusta* de que la responsabilidad financiera no guarda proporción con el provecho obtenido. Lo anterior haría necesario distinguir entre el *riesgo provecho* y el *riesgo creado*.

Queremos destacar el *fino sentido social* que demuestra la teoría de la participación en el mercado. En efecto, en los supuestos de daños por productos, después de pasados muchos años, como por ejemplo doce o más en el caso del D.E.S., es difícil de probar e identificar el medicamento exacto que se ingirió, el nombre del producto y por lo tanto el laboratorio que lo fabricó, considerarlo un daño resarcible, admitir las demandas contra las empresas fabricantes y en definitiva condenarlas.

Esta teoría es conocida en el derecho francés como *part du marche* (teoría de la participación en el mercado) y ha sido aplicada en bullados casos, como el de los ruidos de los que se quejaban los vecinos de los aeropuertos. La Corte de París, en un fallo de 19 de marzo de 1979, condenó a las compañías aéreas de Orly a reembolsar los gastos de insonorización de las comunidades vecinas, y no las condenó *in solidum*, sino en la proporción de la utilización del aeropuerto por cada una de ellas. En relación a las compañías aéreas, sigo a Yvonne Lambert-Faivre¹ y lo resuelto por la Corte de Casación con respecto a las fábricas del aeropuerto Roisse-Charles De Gaulle, donde se acepta que la responsabilidad de las compañía aéreas es una carga de las empresas ligadas a la explotación de las líneas aéreas fuera de todo acontecimiento de carácter accidental y aun respetándose la reglamentación que rige la materia.

Hay que recordar que en el derecho francés es de una amplia aplicación la responsabilidad *colectiva* y que la misma ha tenido una formidable evolu-

¹ Cfr. "L'évolution de la responsabilité civile d'un credit de responsabilité a una creance d'indemnización", *Revue Trimestrelle de Droit Civile*, París, 1987.

ción en su jurisprudencia, a modo de ejemplo podemos puntualizar que en el caso de las *lluvias ácidas* que diezman los bosques europeos, norteamericanos y también latinoamericanos, o de la contaminación de los cursos de agua por la polución sinérgica debida a los desechos de las fábricas ribereñas, aplican una responsabilidad *in solidum* de los que contribuyen a la contaminación.

Estimamos conveniente destacar que la *teoría de la participación en el mercado* tan criticada por los industriales norteamericanos y hasta tildada de inconstitucional por autorizar a la víctima a perseguir a toda una industria quizá por la conducta de un solo fabricante y establecer el fundamento de la responsabilidad, no en base a la conducta, sino a la riqueza, cumple con el fin de la distribución de los daños entre los pertenecientes a un grupo del cual se generó el daño, y que ese ensanchamiento en la legitimación pasiva está justificado plenamente por las circunstancias socioeconómicas del tiempo que nos toca vivir. Además la *teoría de la participación en el mercado* es extremadamente útil en temas de daños colectivos y también de gran aplicación en temas de daño ambiental, como por ejemplo la contaminación ambiental y acústica producida en la ciudad de Santiago por la locomoción colectiva. Sin embargo, su aplicación estará dada por la *responsabilidad colectiva*.

La *responsabilidad colectiva* es uno de los temas que, entre otros, en la doctrina francesa ha tenido una amplia literatura y desarrollo jurisprudencial. En sede de daños, sabemos que puede darse la individualización del agente dañoso, o en la relación de causalidad presentarse los tipos de *causalidad común o conjunta*, la *causalidad o intervención acumulativa o concurrente*, o bien la *causalidad o intervención alternativa o disyuntiva*, que es el supuesto que nos interesa.

Sostenemos que la respuesta del orden jurídico ante la producción de un daño originado por un *grupo determinado sin que se encuentre identificado el autor del daño*, debe resolverse estableciéndose la responsabilidad en la obligación de reparar de todos los componentes del grupo; creemos que el factor que fundamenta esta responsabilidad es *objetivo*, basado en el *riesgo*, y que la obligación de indemnizar será *in solidum*.

Sin duda la *responsabilidad colectiva* ha significado una evolución en el desenvolvimiento del sistema general de responsabilidad civil, pues *la falta de identificación del agente dañoso* no lleva a la irresponsabilidad y por lo tanto al desamparo de la víctima, no admitiéndose así la *fuga ante las responsabilidades*.

El profesor don Pablo Rodríguez G., en su obra *"Responsabilidad Extracontractual"*, refiriéndose a la relación causal diferida en materia de responsabilidad extracontractual, ha escrito lo que sigue, en lo que estamos de acuerdo, con algunas salvedades:

"En materia extracontractual debe extenderse la responsabilidad por la vía de la relación causal diferida. Esto significa imponer la obligación de reparar los perjuicios a todos quienes intervienen, aun cuando remotamente, en la realización del daño causado. En otras palabras, entregar a la decisión del juez la determinación de la cadena causal que provoca el daño, de manera de envolver en el deber reparatorio a todos los que razonablemente han contribuido a producirlo". Agrega el autor que cuando el artículo 2316 del Código Civil dice "el que hizo el daño", no sólo menciona al que lo consumó, sino también al que lo posibilitó, uniendo su conducta a la del dañador. En suma, creemos nosotros que no puede sostenerse que la responsabilidad queda limitada a quien hizo el daño, entendiéndose que éste es el que lo consume mediante hechos directos. El que hizo el daño es todo aquél que concurre a su producción, por actos que se integran causalmente, sean razón del dolo o de la culpa y sin cuya cooperación o concurso el efecto nocivo no habría podido generarse.

Creemos firmemente en que esta teoría amplía notoriamente los sujetos pasivos de la acción de resarcimiento, pero introducir el requisito del dolo o culpa en los antecedentes o causales del daño disminuye notoriamente la eficacia del campo de aplicación de esta doctrina.

Actualmente nadie duda de que el mundo ha ingresado en una era distinta: la tecnológica o sociedad de la información. La nueva riqueza de los países está constituida por el *know-how* o recurso estratégico de la información; hoy se produce *información en masa* de la misma manera que los países altamente industrializados fabricaban automóviles en masa.

Los efectos de la era tecnológica en el derecho de daños están presentes, entre otros, en los siguientes temas: responsabilidad civil por productos elaborados. Daños al consumidor de productos y servicios; daños nucleares; daño ambiental. Perjuicios de los desechos industriales; daño informático; daño genético; daño colectivo; nuevas formas de prácticas médicas. Daños por transmisión de enfermedades; daños a las personas en su integridad psicofísica.

Los principios que presidieron la codificación del derecho civil y, por lo tanto, de la responsabilidad de esta naturaleza, han sido profundamente transformados. El Código Civil francés, modelo de todos los Códigos Civi-

les continentales, no fue influenciado por las ventajas de la primera revolución industrial, lo que explica que su estructura, en cuanto a la responsabilidad civil, sea de carácter individualista, pues las relaciones sociales y económicas de la Europa de aquellos tiempos se caracterizaban por ser rurales y a lo sumo artesanales, y los conflictos tenían su punto de referencia en personas concretas, a los que se les suponía una relación de deber preexistente, que había sido incumplida por una de las partes, y así, sobre la base del principio de que *no puede causarse daño a nadie*, los redactores de los trabajos preparatorios del Código Civil establecieron un principio general de responsabilidad civil, una regla susceptible de *aplicación ilimitada*, en el sentido que constituyendo la legislación un conjunto de normas generales y abstractas eran aplicables a la totalidad de las situaciones.

Puede afirmarse que toda la disciplina de la responsabilidad civil del *Code* estaba encaminada, más bien, a moralizar conductas individuales que a la reparación e indemnización de los daños y perjuicios que las víctimas hubieran sufrido.² Todo perjuicio que no tuviera un trasfondo moral, dada la identificación de la culpa con el pecado, no encajaba dentro del marco culpabilista que la codificación francesa había diseñado.

Las consecuencias se dejaron sentir de inmediato. Todo daño que no tuviera una relación moral directa con la culpa quedaba sin reparar, y cuando el perjudicado no podía demostrar la existencia del elemento subjetivo y su relación directa con el daño, *aunque evidente la relación de causa a efecto*, tampoco veía satisfecha su justa demanda. Era dejar al *dañado solo frente al daño*.

El sistema culpabilista hizo crisis. En prevención de que pudieran quedar sin reparación infinidad de daños, a virtud de la lícita utilización de las nuevas técnicas de la fabricación, como sería la producción a gran escala de un producto, la puesta al mercado de los bienes fabricados en cadena, mediante las técnicas modernas de comercialización y la utilización de sofisticados servicios, el propio legislador, la doctrina y la jurisprudencia han ideado un sistema de responsabilidad *en base a la existencia del propio daño*, sin más requisitos que la relación física de la causalidad, recurso *prodamnato* o del resarcimiento del daño que ha venido en llamarse *doctrina de la responsabilidad objetiva*, reinterpretando, como lo hizo la jurisprudencia francesa en su día, el inciso 1° del artículo 1384 del *Code*. En efecto, sabemos que la concepción romana de la responsabilidad civil se plasmó en el campo doctrinal, en la teoría clásica de la culpa, y en el legislativo, en los artículos 1382 a 1386 del Código de Napoleón, si bien

² Cfr. Mazeaud y Tunc, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Volumen I, traducción española de la quinta edición por Alcalá-Zamora, Buenos Aires, pp. 38 y ss.

jurisprudencialmente el derecho francés evolucionó de modo más rápido que el español –que lo hizo en 1943– y, por supuesto, que el nuestro, que, según se desprende de la lectura de las sentencias que en el tema del derecho de la responsabilidad civil dictan nuestros tribunales superiores, padece de un auténtico inmovilismo.

A pesar de la complejidad y variedad del momento tecnológico postcodificador y de las transformaciones del sistema económico, que reclaman concepciones más amplias del significado de la imputabilidad del daño, nuestra legislación sustantiva civil sigue estando anclada bajo los principios rectores establecidos por los redactores del Código Civil francés, y sobre todo, seguimos dominados por el principio según el cual *no hay responsabilidad civil sin la concurrencia de la culpa*. Convive con esta realidad jurídica otra realidad material. La doctrina, atenta a los beneficios que los riesgos proporcionaban a quienes *lícitamente* los creaban, flexibilizaron los principios culpabilistas hasta conseguir, por la mediación de una reinterpretación de los textos legales, que *prevaleciera un sentimiento favorable en pro de la reparación de los daños y perjuicios*. En cambio, entre nosotros pervive lo que en 1943 escribió Arturo Alessandri, para quien el Código Civil chileno consagra la teoría clásica de la *responsabilidad subjetiva* en toda su amplitud.³ Los aportes posteriores de nuestra doctrina civilista en el derecho de la responsabilidad civil se deben a la obra del profesor Carlos Ducci titulada *Responsabilidad Civil. Actividades de las cosas-Hechos de las cosas-Circulación de vehículos*, publicada por la Editorial Jurídica en el año 1970, a publicaciones posteriores del profesor Ramón Domínguez aparecidas en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, y a la reciente obra del profesor don Pablo Rodríguez G.

A medida que iba consolidándose la corriente *pro damnato*, o sea, la idea de que por regla general *todos* los daños y riesgos que la vida social produce, *deben ser resarcidos*, a menos que una razón *excepcional* obligue a dejar al dañado sólo frente al daño, perdían importancia los elementos determinantes de la responsabilidad civil codificada, esto es, el injusto, la culpa y la causalidad, como título de imputación, configurándose una nueva responsabilidad civil que basaría la *atribución* del daño causado en la materialidad de la propia existencia del perjuicio, o el riesgo creado y relacionado con el perjuicio, y que habría de convivir con aquel derecho de daños que fundamenta su existencia y pervivencia en la realidad del elemento culposo, sin que la doctrina de la *inversión de la prueba* lo desvirtúe, pues se trata de la prueba de la culpa en materia contractual, ya que en materia extracontractual debe probarse.

³ Cfr. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Título XXXV del Código Civil), Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, N° 77, p. 123.

En resumen, el esquema subjetivista ya no respondía de la reparación de todos los daños que podían producirse a la persona o a sus bienes. El derecho de daños de hoy tiende a tutelar los detrimentos *inculpables*, por el riesgo creado en la manipulación de los bienes y servicios de la era tecnológica, o enfatizando cuestión en la obligación de reparar *en apoyo del mismísimo daño*, atendiendo al principio de dar a cada uno lo que en justicia le corresponda, y no sería justo que el perjudicado cargara con el perjuicio que se le causó mientras un tercero obtuvo *beneficios*, o con su actitud o actividad intentó *conseguirlos*.⁴

Las modernas técnicas de producción en masa, las depuradas redes de distribución y comercialización de los productos y el complejo campo de los servicios generarán dinámicas obligacionales desconocidas hasta ahora, y se producirán responsabilidades que con los principios ideológicos codificados de 1855, en el caso de nuestro Código Civil, no podrán atender la reparación del daño. Todo exige un derecho de daños por el *resultado* y no por la culpa.⁵ Los perjuicios se ampararán en el riesgo creado y en relación al daño producido, del que será responsable *aquel que conoce y domina la fuente del riesgo, y se beneficia de él*.

A virtud de las tesis de Saleilles y Josserand formuladas en décadas pasadas, por las que fueron considerados por Ripert como *síndicos de la quiebra de la culpa*, fueron tomando cuerpo jurídico aquellas doctrinas que abogaban por *no dejar al dañado solo frente al daño*.

En los últimos veinte años hemos contemplado la descodificación del derecho de daños como consecuencia de la aparición de una serie de *regímenes especiales de responsabilidad civil extracontractual*, todos ellos por vía legislativa, que rompieron el principio general de *atipicidad* que presidió la codificación francesa realizada con una cláusula general muy abierta. Genoveva Viney⁶ advierte que ya se han dictado leyes particulares sobre responsabilidad civil, pero que la necesidad de renovación se hace igualmente sentir de manera más o menos latente para los accidentes de circulación (escrito antes de la ley francesa de 1985), accidentes producidos por productos defectuosos, los causados por la polución, la responsabilidad profesional, etcétera, de tal suerte que es *el edificio entero que parece en vías de renovación*.

⁴ Cfr. a Emilio Betti, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II, traducción y notas de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pp. 171 a 180.

⁵ Cfr. a Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, traducción española de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 562 y ss.

⁶ Cfr. "Les obligations, la responsabilité: conditions", en *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1982, p. 44.

Entendemos que a medida que aparecen nuevos daños que deben ser resarcidos para restablecer el equilibrio de la víctima, la doctrina civilista construirá nuevos fundamentos que autoricen la atribución del deber de responder. Así, como lo veremos, hoy se habla de factores de atribución tales como el *ejercicio abusivo de los derechos*, el *quebrantamiento al principio de obrar de buena fe*, el *auxilio benévolo*, los *actos discriminatorios*, la *responsabilidad del productor aparente*, pero no dejo de advertir en ellos que se sigue considerando al agente productor del daño a la hora de fundamentar la responsabilidad, a pesar de situarlos en el ámbito de la responsabilidad objetiva. En efecto, el riesgo alude al que lo crea u obtiene provecho de él. Las circunstancias subjetivas no se limitan sólo a *la culpa* o *el dolo del autor*, pues también, según creemos, son circunstancias *subjetivas* las referentes a ser el guardián o el dueño de la cosa peligrosa o ser el titular de los beneficios por la actividad del dependiente dañador, o encontrarse en mejor situación económica para soportar el daño que fortuitamente se produjo, o el haberse enriquecido con el daño ajeno.

Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, cuya obra fue prologada por Aníbal Atilio Alterini, se muestra partidaria de decir de una vez que se haga realidad la frase acuñada con tanta precisión de que *los ojos de la justicia hoy se posan en la víctima*, y que en respuesta de tan elogiada propuesta, afirmar que el único fundamento válido de la responsabilidad es *la reparación del daño injusto que aquélla sufre*.

Objetivación de la Responsabilidad

La responsabilidad civil tiende a reflejar fuertemente las circunstancias sociales cambiantes. La multiplicación de los daños a las personas y a sus bienes debido a las modernas condiciones de vida impone al derecho de daños el propósito de garantizar contra ciertas formas de lesiones, no porque sean **injustas**, sino porque son **perjudiciales**.

Es conocida la evolución del concepto de responsabilidad civil basado en el factor subjetivo de atribución que dominó en el siglo XVIII y gran parte del siglo XIX, y que aún continúa en sociedades que no han abandonado por completo el ideal de responsabilidad individual por la conducta social.

Paulatinamente la transformación del sentido de negligencia, la eliminación casi completa de factores morales a favor de normas objetivas de conducta, han contribuido a cambiar el carácter de la responsabilidad por culpa en el campo del derecho de daños. La mutación de las etapas, en especial el industrialismo y el urbanismo, son condicionantes sociológicos de ese desarrollo.

Alfredo Orgaz⁷ sintetiza las etapas recorridas por el derecho de daños, que desemboca en una casi total *objetivación* en nuestros días, y explica las razones histórico-sociales que determinaron ese giro: en el sistema tradicional de la responsabilidad subjetiva jugaba un papel primordial la causalidad, porque sólo respondía el que había causado el daño, elemento al que se agregaba la culpabilidad del responsable o de sus agentes, sea en la acción misma o en la vigilancia de las cosas.

El concepto de culpabilidad –nacido con la *Lex Aquilia* del año 286 a. C.– exigía de la víctima la prueba diabólica de la culpa de su ofensor. Con la creciente complejidad de las relaciones humanas nacieron las *presunciones de culpabilidad* contra el responsable, que llevaban a la inversión de la carga de la prueba en algunos supuestos de responsabilidad refleja: la de los padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos de nuestro artículo 2320 del Código Civil y del dueño de cosas inanimadas del artículo 2323, 2324 y 2328 del texto original del Código Civil.⁸

Estas situaciones de excepción tienen su expresión más acentuada en la responsabilidad por los daños causados por los animales que Andrés Bello contempló en los artículos 2326 y 2327 del Código Civil, pues quien se sirve del animal es responsable aun demostrando que de su parte no hubo culpa. Parte de la doctrina reconoce un avance del codificador admitiendo la responsabilidad objetiva en el sistema del Código Civil.

Desde otro punto de vista, como dice el profesor de la Universidad de Deusto Ricardo de Angel Yagüez, “el propio concepto de culpa se ha ido deformando progresivamente como consecuencia de una notable ampliación de su contenido”.⁹ Los tribunales –señala este autor– han llegado a considerar culpas los simples errores moralmente insignificantes, frutos de una torpeza o de un mal reflejo. Así se han llegado a admitir en el concepto de culpabilidad los simples *polvos de culpa* (en expresión de la doctrina francesa), lo que proviene –según Tunc– de no distinguir entre la culpa y el error, este último es para el tratadista galo el acto estadísticamente inevitable y humanamente perdonable, consistente en inadvertencia o relajación de la atención que la persona más diligente y prudente no podría evitar.¹⁰

⁷ Cfr. *La Culpa*, Lerner, Córdoba, 1970, pp. 185 y ss.

⁸ Cfr. por todos Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Título XXXV del Código Civil), Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

⁹ Cfr. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1995, p. 31

¹⁰ Cfr. Christian Larroumet, *Reflexions sur la Responsabilité Civile* (Evolution et Problèmes Actuels en Droit Comparé), Montreal, 1983.



Autores del derecho continental, como S. Rodotá,¹¹ afirman que el principio que *no hay responsabilidad sin culpa* derivó del proceso de expansión de una economía industrial, aligerando los costos empresariales de forma tal que no se respondía de los daños causados sin culpa. Antes, prestigiosos escritores franceses desde fines del siglo XVIII, como Saleilles y Josserand, y en el primer cuarto del siglo XIX, italianos como P. Trimarchi,¹² el mismo S. Rodotá,¹³ R. Scamamiglio,¹⁴ y Busnelli,¹⁵ han cuestionado fuertemente la exigencia de un requisito subjetivo para la responsabilidad civil. La atribución de los daños por el riesgo de la cosa o actividad está presente, con sus propios matices, en el artículo 2050 del Código Civil italiano de 1942, en los artículos 1970 y 1972 del Código Civil peruano de 1984, así como también en el artículo 1113 del Código Civil argentino, en tanto el artículo 493 del Código Civil portugués de 1967 se limita a invertir la carga de la prueba. Por lo tanto, producido el daño, se entiende que obedece al riesgo, favoreciéndose así la exigencia generalizada de que los daños sean reparados.

En el otro extremo de la cuestión se encuentra el fenómeno del *retroceso de la culpa* como criterio de imputación que ha dado lugar paulatinamente a la llamada *responsabilidad objetiva*.

La doctrina tiende a consagrar la responsabilidad objetiva de otros daños: la responsabilidad del principal por el hecho ilícito del dependiente y la del principal (obligación de garantía) por el hecho del dependiente; la responsabilidad colectiva; responsabilidad extracontractual del Estado por hechos ilícitos; responsabilidad civil del elaborador de productos, y para todos los intervinientes en la cadena de producción y comercialización; responsabilidad civil emergente de la informática; responsabilidad por productos fármaco-medicinales; responsabilidad por transmisión de enfermedades cuando se utilizan cosas (ejemplo contagio de SIDA por transfusión sanguínea): si es contractual, por violación de la obligación de seguridad, si es extracontractual, por aplicación del artículo 1113, segunda parte, párrafo segundo, del Código Civil argentino, entre otros; en los casos de fecundación homóloga o heteróloga los agentes biomédicos y los establecimientos hospitalarios responderán contractual o extracontractualmente, según los casos, frente a los padres y frente al niño nacido con deficiencias a causa de la utilización de gametos viciosos o en mal estado de conservación; responsabilidad por daños ocasionados por productos elaborados,¹⁶

¹¹ Cfr. *Proprietà e industria: conflitti e technique di evoluzione*, Bologna, 1981, p. 143.

¹² Cfr. *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

¹³ Cfr. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

¹⁴ Cfr. *Responsabilità civile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo VIII, Torino, 1968.

¹⁵ Cfr. *La lesione del credito da parti dei terzi*, Milano, 1964.

¹⁶ La tendencia en la jurisprudencia norteamericana hacia la responsabilidad objetiva con aplicación a los daños por productos elaborados. Cfr. Rojo Ángel-Fernández Río, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bologna, 1974.

tanto en las relaciones contractuales (comerciante-consumidor o directamente fabricante-consumidor), en las que se aplica el factor de atribución *seguridad*, como en el ámbito extracontractual (relación fabricante-consumidor o productor que no sea vendedor inmediato), en el que rige la norma del artículo 1113 segunda parte párrafo segundo del Código Civil; responsabilidad por daños derivados de la actividad industrial que degraden el medio ambiente: los que afectan la salud y la vida o los que restringen el derecho a gozar de un ambiente sano; la responsabilidad objetiva y rigurosa de los organizadores de espectáculos deportivos como obligación de seguridad impuesta por la ley sobre violencia en los estadios.

En la *responsabilidad contractual* encontramos imputación objetiva en la categoría de obligaciones de resultado. Allí el factor objetivo es la *seguridad* prometida a la indemnidad de las personas y la incolumidad de las cosas. Cuando en un contrato están involucrados estos valores, existe un deber de seguridad impuesto por la misma convención, expreso o tácito, o bien de la ley. La obligación de seguridad emana fundamentalmente del principio de buena fe que cumple una función integradora de las lagunas del negocio.

Es evidente que el ámbito de la responsabilidad subjetiva, consagrada según A. Alessandri en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, ha quedado restringido. Sin embargo, la culpa sigue teniendo su papel relevante cuando se trata de la culpa de la propia víctima¹⁷ como eximente de responsabilidad. Entiendo que en la responsabilidad objetiva la importancia mayor la adquiere la *relación de causalidad*, ya que la del sindicado como responsable se libera probando la ruptura del nexo causal: que él no fue el autor. Que el autor fue la víctima o un tercero por quien no debe responder.

Al mismo tiempo que carece de relevancia la culpabilidad del responsable, ya no se exige que siempre éste sea el autor, con lo que deriva la responsabilidad a un tercero capaz de soportar el riesgo: la aseguradora o sistema de seguridad social, y al mismo tiempo que facilita a la víctima la reclamación del daño, se le ofrecen mayores probabilidades de accionar contra distintos sujetos de derecho y se abre de esa manera el abanico de los legitimados pasivos de la responsabilidad civil.

Esta tendencia de objetivar la reparación de daños se encuentra estrechamente relacionada con las otras modalidades expuestas, a saber, la visión global de los nuevos perfiles indica el crecimiento y la dirección del sistema.

¹⁷ Cfr. Ricardo de Angel Yagüez, op. cit., p. 33

Aumento de la nómina de factores de atribución

El estudio de los *factores de atribución* nos muestra una evolución con una clara tendencia hacia la mayor protección del damnificado, especialmente en su última fase: la responsabilidad objetiva y solidaria de los intervinientes en las cuatro operaciones básicas, producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios.

El ejercicio *abusivo de un derecho* es para la doctrina civilista un *factor autónomo de la reparación del daño causado*. Para la doctrina funcional el acto abusivo se materializa cuando el derecho *se ejerce contrariando los fines económicos y sociales que inspiraron la ley que lo contiene*. El acto abusivo se presenta, entonces, sobre la base formal de un cierto derecho subjetivo, lo que permite caracterizar su origen en un actuar que aparece en principio como jurídicamente lícito. El acto abusivo implica un conflicto entre el ejercicio de un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico, por una parte, y un interés *ajeno* no tutelado por un texto normativo expreso, por la otra. Pero la falta de tutela normativa no significa, ni mucho menos, que el interés afectado no esté protegido por un deber *genérico* que se desprende de los principios generales del derecho. En fin, el ejercicio antifuncional de un derecho por parte de su titular resulta ilícito aun cuando no llegue a materializarse daño alguno al sujeto pasivo, el cual, por ejemplo en el derecho *argentino* está legitimado para reclamar la cesación del acto abusivo como *prevención* de los perjuicios que su continuación pueda llegar a provocar. Aun a falta de un texto normativo semejante, podemos afirmar que ello es posible entre nosotros, conforme a la visión actual del derecho de daños, que contempla no sólo la reparación de los daños causados, sino que debe contemplar, como una cuestión de principios, la prevención de los daños que pudieran llegar a causarse.

El quebrantamiento de la buena fe también es un factor atributivo autónomo de reparación del daño causado. La especial relevancia adquirida por el principio que impone el deber de obrar de buena fe en todas las relaciones intersubjetivas, explicitado por ejemplo en el artículo 1546 del Código Civil, lo erige como fundamento principal del derecho de obligaciones, y su observancia es un deber jurídico ínsito en el ejercicio de *todo* derecho facultad o prerrogativa. Por ello, frente al quebrantamiento de la buena fe se impone el deber de reparar el daño causado *por esa sola circunstancia*, sin que deba requerirse la presencia de otro factor de atribución, pues la sola violación del principio es razón suficiente para el nacimiento de la obligación resarcitoria, sin perjuicio de que medien en el caso otros factores subjetivos (dolo o culpa).

La idea base de los *factores objetivos de atribución* tiene como presupuesto la incapacidad de la teoría culpabilista para solucionar adecuadamente las nuevas situaciones de riesgo individual y social introducidas por las revoluciones industrial y tecnológica, y su finalidad es facilitar al damnificado el acceso a la reparación como respuesta solidaria del derecho.

Sucede que toda la actividad propia de la *era tecnológica*, tecnotrónica, posindustrial o de la información, como también se le llama, que se desarrolla dentro de un esquema de derecho, puede producir daños individuales o colectivos que requieren ser reparados, esto es, socializados, y sin embargo no existe en ellos infracción al ordenamiento jurídico: no hay antijuridicidad. Por ejemplo, la voladura de una caja de electricidad que causa daño a los negocios cercanos obligará a las compañías de electricidad a repararlos.

Por mucho tiempo había sido la culpabilidad el único factor de atribución, pero los daños causados por las cosas inanimadas, en un principio, y la consiguiente responsabilidad del guardián, no permitían sostener todo el edificio de la responsabilidad sobre la culpa, al menos en el sentido tradicional que se le había dado hasta entonces.

A pesar de la propensión a considerar la exclusividad del fundamento subjetivo, se fueron admitiendo en la doctrina francesa pluralidad de hipótesis de justificación. Así, algunos como Ripert han encontrado el sustento en el *seguro*; otros como Esmein y sobre todo Savatier, han aceptado considerar que el *riesgo* es hoy, al lado de la culpa, uno de los fundamentos de la responsabilidad civil.

En cuanto a los otros factores de atribución trataremos a) *la teoría de la garantía*; b) otros fundamentos objetivos de la responsabilidad civil; c) la seguridad; d) *la teoría del riesgo de empresa*.

a) La teoría de la garantía

La doctrina de la *garantía* es elaborada por Boris Starck; este autor critica tanto la *culpa* como el *riesgo*, porque ambos presentan un rasgo común: la razón de ser de la indemnización siempre está, en los dos casos, ligada al comportamiento del autor del daño: o porque él ha cometido una falta (culpabilidad), o porque él ha realizado una actividad en la que asume los riesgos. De esta manera ven el problema dejando de lado lo esencial, que es el punto de vista de la víctima. En efecto, un daño es un atentado a los derechos de aquélla, por lo tanto es necesario clasificar y buscar cuáles son los intereses fundamentales que deben ser protegidos contra la actividad de los otros.

En otros términos, la responsabilidad civil es en realidad una pugna entre

el derecho de actuar (referido al autor del daño) y el derecho a la seguridad (de la víctima): estos intereses en juego se conjugan para solucionar el conflicto. La integridad corporal y la integridad material son bienes del hombre que necesariamente deben ser asegurados o garantizados. La *teoría de la garantía* explica así, según Starck, "a la vez la existencia de una responsabilidad sin culpa, por los daños corporales y materiales, y aquella responsabilidad donde la culpa continúa siendo exigida para que el autor del daño sea condenado, ya sea por daños puramente económicos o daños puramente morales".

Para el autor el único fundamento de la responsabilidad es la garantía de los derechos esenciales del individuo y de los grupos. Su posición ha sido profundamente original. André Tunc estima que la teoría de la garantía no puede ser considerada una panacea para dilucidar todos los problemas de la responsabilidad civil. Y dice el profesor francés: "desde un punto de vista teórico, la distinción entre los diferentes daños a los que una persona está expuesta se apoya sobre un fundamento dudoso: ¿por qué el cuerpo de una persona debe ser protegido y no así su honor? ¿por qué esos bienes deben ser protegidos y no sus intereses financieros, que pueden ser también muy considerables? No obstante, es necesario admitir, reconoce Tunc, dentro de la *teoría de la garantía*, una construcción coherente y seductora desde varios puntos de vista fundada sobre ideas relativamente sólidas y simples: en primer lugar se le reconoce ser la expresión jurídica de un deseo profundo y general sobre todo en el mundo contemporáneo: la aspiración del hombre a la seguridad; otra ventaja indudable es la de proteger a las víctimas de los daños accidentales.

b) Otros fundamentos objetivos de la responsabilidad civil

Los dos factores de atribución objetivos: riesgo y garantía, han sido aceptados unánimemente por la doctrina civilista e incorporados expresa o implícitamente por algunas reformas legislativas, diferenciándose ambos en cuanto al eximente de responsabilidad: en el riesgo exime el caso fortuito, en la garantía no. En la esfera de la *garantía* es posible que corresponda reparar un daño sobrevenido por caso fortuito. En materia contractual hay garantía por evicción y por vicios redhibitorios.

Una obligación contractual puede consistir en una obligación de resultado; cuando el deudor contrae la obligación con el acreedor de obtener un determinado resultado útil de su actuar, asumiendo tácitamente los riesgos u obstáculos propios al desenvolvimiento de la prestación. El incumplimiento da lugar a la responsabilidad de deuda en virtud del factor objetivo *garantía*, con sustento, por ejemplo, en los artículos 1197 y 1198 del Código Civil argentino.

Este factor objetivo de atribución se reconoce en la responsabilidad contractual por el hecho ajeno y extracontractual por el dependiente.

En otro orden, para la reparación de daños involuntarios se admite a la *equidad* como fundamento.¹⁸ En el nuevo artículo 907 del Código Civil argentino nos encontramos con un nuevo fundamento de la responsabilidad: aquí no juega ni la culpa, ni el riesgo creado, sino la equidad. Esta es la llamada indemnización de equidad o de los hechos involuntarios. Atento a la falta de culpa, el factor de atribución es objetivo.

En los perjuicios causados por los hechos involuntarios también la doctrina civilista aplica la *solidaridad social*; ella es asimismo factor de atribución en los perjuicios ocasionados por actos lícitos como la reparación del daño necesario y los perjuicios causados por el Estado en la órbita de sus facultades y dentro del campo de la responsabilidad extracontractual.

c) La seguridad

La *obligación de seguridad* es aplicable a algunos contratos, aquellos en que está involucrada la integridad de las personas y de las cosas. Su naturaleza es contractual y, en principio, es de resultado, si bien excepcionalmente puede ser de medios. Sobre la definición de seguridad puede decirse que es la obligación expresa o tácita, anexa o independiente del deber principal existente *en todo tipo de contrato*, por la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que, durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada, no le será causado daño en los otros bienes diferentes de aquel en que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico. He enfatizado *en todo tipo de contrato*, porque una parte de la doctrina civilista afirma que no solamente en las relaciones contractuales de resultado la seguridad es el fundamento de la responsabilidad.

La doctrina civilista mayoritaria entiende que la obligación de seguridad es funcionalmente autónoma, sin perjuicio de que en algunos contratos aparece como obligación accesoria de la principal. El fundamento de este factor de atribución objetivo es la *buena fe*, que, como se sabe, cumple una función integradora de las lagunas del negocio jurídico.

d) La teoría del riesgo de empresa

Este factor de atribución de la responsabilidad que atañe a la función de la

¹⁸ Cfr. el artículo 907, segunda parte, del Código Civil argentino, que dispone: "Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima".

reparación de daños como instrumento de racionalización del sistema económico, ha sido desarrollado por los civilistas italianos modernos en torno al artículo 2043 del Código Civil de su país.¹⁹ Se sustenta en el nivel de garantía que el Estado le debe al ciudadano; ése fue el criterio de las codificaciones del siglo XIX: el acento garantista está puesto en el *sujeto que debe ser indemnizado*, a través del riesgo de empresa.

Como punto de partida asume la constatación realista del progreso tecnológico que se acompaña generalmente de daños, los que difícilmente pueden ser previstos o evitados.

El legislador no ha podido ni querido trabar el desenvolvimiento de la actividad económica, pero ha intentado resolver el problema de tales daños imprevisibles e inevitables garantizando, al menos, el resarcimiento por parte del *empresario*, en cuanto éste, por realizar un negocio, crea y mantiene la empresa y entonces debe correr con los riesgos que ella produce.²⁰ La *actividad empresarial* exige la participación de la *empresa*, y en ella el *empresario* asume deberes profesionales: organización, previsiones sobre productos y servicios, seguros.

En la práctica son los medios de producción los que deben soportar el daño, sistema que se conoce como *riesgo de la empresa*. Según esta teoría, toda actividad económica conlleva la creación de un peligro para la comunidad, es decir, es fuente de una posibilidad de daño. Simultáneamente aparece otro fundamento que, sumado al riesgo creado, justifica la atribución del daño: el *provecho*.

Partir lisa y llanamente el que la empresa es riesgosa y por lo tanto debe responder, es un poco como aquello que *la riqueza obliga*, o como *recurrir a un buen samaritano involuntario*. Este no es el criterio de la doctrina civilista. El problema está en determinar cuándo, en qué condiciones y quién establece que el riesgo deba ser soportado con justicia por el autor de la iniciativa económica, y quién fija cuál de ellos es lícito crear y cuál es prohibido.

En el inicio de la evolución de la teoría del *riesgo de empresa* en Italia se propuso el principio básico que *el riesgo obliga*; sucesivamente con el sistema del seguro el principio fue evolucionando y hoy día la frase fue reemplazada por *assurance oblige*. Ello significa que quien debe prepararse a

¹⁹ El artículo 2043 del Código Civil italiano está ubicado en el Título IX del Libro IV titulado De los hechos ilícitos, y dispone "Resarcimiento por hecho ilícito. Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño".

²⁰ Cfr. Pietro Barcellona, *Diritto Privato e Processo Economico*, Jovene Edicore, pp. 319 y ss.

asumir el riesgo debe previamente tomar todos los recaudos necesarios para contratar el seguro que lo cubra de aquél. O sea, lo que debe ser soportado por la empresa es el riesgo asegurable, en cuanto normalmente previsible y típicamente conocido por la actividad económica de quien lo genera.

Por el contrario, no entran dentro del campo de la responsabilidad del desarrollo empresarial aquellas hipótesis de riesgo que resultan difusas, de modo homogéneo y constante sobre toda la comunidad y que no puede imputársele su creación a la actividad empresarial.

La reformulación del derecho de daños parte de prescindir de la culpabilidad y de las teorías objetivas para recurrir a conceptos de hondo contenido económico; se abre un panorama distinto con conceptos nuevos: la *distribución de riesgos*, donde está presente el *factor empresa*. El riesgo previsible y cuantificable configura responsabilidad profesional que se traslada a los costos. O sea, el empresario está en situación de neutralizar el álea del daño mediante el seguro; así la asunción del riesgo por el seguro viene a formar parte del costo de la producción, que a su vez es distribuido entre el público.

De lo anterior surgen consecuencias de mucho interés: a) permite al legislador, en vista de la utilidad que se deriva a toda la comunidad, imponer a ésta el peso del daño, al aumentar el costo de la producción por el aseguramiento; b) genera una mejor distribución del riesgo de la actividad empresarial entre el público: la empresa es intermediaria para asumirlos entre el individuo y la comunidad. La función social de prevención consiste en colocar a cargo del empresario la responsabilidad por los daños causados por la actividad empresarial: esta labor de previsión es una función indirecta del derecho.

Otro punto dice relación entre dimensión empresarial y responsabilidad de la empresa. Es irrelevante a los fines de la indemnización el hecho de tratarse, por ejemplo, de una pequeña o mediana empresa. Si su actividad es la que produce el daño a un inculpable, no puede eximirse por no contar con los niveles adecuados de eficiencia técnica como para controlar los daños que produzca.

Según Guido Alpa, civilista italiano contemporáneo, en el ámbito de la responsabilidad de la empresa es posible individualizar tres figuras de ilícitos: a) el daño ocurrido al dependiente con ocasión del trabajo; b) el daño ocasionado al consumidor; y c) el perjuicio al medio ambiente. De ellos, el daño ocasionado al consumidor ha sido objeto de especial atención por la doctrina italiana en lo que a la circulación de productos defectuosos se refiere, por aplicación del artículo 2043 del Código Civil italiano, que dis-

pone que: **“Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”**. La doctrina ha preferido ubicar el tema de la responsabilidad del productor en sede extracontractual, con aplicación del principio general de responsabilidad del artículo 2043 que ha sido transcrito, del que deviene la obligación de la empresa que produce o difunde productos defectuosos por los perjuicios causados al consumidor.

Una parte de la doctrina italiana ha sostenido que el empresario debe responder por el *riesgo típico* de su actividad, del daño que ocurre con mayor frecuencia, que es consecuencia directa de la presencia del defecto en el producto, que por lo mismo puede ser calculado con facilidad. Para esta parte de la doctrina, el empresario no responderá por el *riesgo atípico*.

Guido Alpa es de la opinión, junto con la posición mayoritaria en Italia, que el *riesgo de empresa* comprende todos los daños causados al consumidor, aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos ante una imputabilidad objetiva de la responsabilidad.²¹

El derecho comparado ha evolucionado fuertemente en estas ideas, denominando al riesgo de empresa de distintas formas o situándolo en otros moldes de factores de atribución admitidos. La doctrina civilista cada vez define con mayor precisión los límites del *riesgo de empresa*, y le atribuye a la empresa responsabilidad basada en ese fundamento en: a) los daños laborales; b) los daños al medio ambiente; y c) los daños al consumidor.

En la era tecnológica los riesgos de empresa consisten precisamente en la degradación del medio ambiente, en especial los daños por residuos peligrosos y la prestación de servicios defectuosos que dañan al consumidor. Conuerdo con la idea que estos grupos de daños actuales son, como enseña la doctrina civilista más moderna, típicos daños de la empresa. Sin embargo, ante la realidad legislativa chilena sólo es posible afirmar que el *riesgo provecho* nutre los daños laborales, y el *riesgo creado*, los perjuicios al consumidor y el daño al medio ambiente, si han sido causados por cosas riesgosas o viciosas (artículo 1113, 2a parte, párr. 2º, CC).

La *actividad económica* pretende, por su propia inercia esencial, que es la obtención de beneficios, no tener límites o fronteras y, por otro lado, el *hombre* necesita como imperativo vital para subsistir poner límites o fronteras a la actividad económica, pues de ello depende su supervivencia como ser humano y la calidad de vida.

²¹ Cfr. *Compendio del Nuovo Diritto Privato*, Cap. XXII, Responsabilità extracontrattuale della impresa, Utet, Torino, pp. 488 y ss.

Pues bien, analizada tal contradicción, sostenemos que puede darse a luz el verdadero factor de atribución del final del siglo: la *actividad económica en sí misma*. Durante todo el transcurso del siglo XIX se ha buscado de distintas maneras asegurar al hombre en su meta final: su calidad de vida, y se ha hecho desde la prevención, hasta la misma reparación de daños. En el derecho comparado las reformas legales han incorporado el riesgo y el vicio en los Códigos Civiles como factores objetivos *por el daño de las cosas* ante el maquinismo creciente de una sociedad donde se hace sensible la inseguridad; las molestias intolerables de las fábricas, que se habían instalado y se seguían instalando en los barrios urbanos de las grandes ciudades, se convertían, merced a esas reformas legales, en daños resarcibles y hasta los jueces podían disponer en sus sentencias la cesación o morigeración de las mismas, claro que con prudencia por el proceso económico o de fabricación de bienes para evitar frenar el progreso que traería la industrialización, que en muchos países nunca dejó de ser precaria, sustitutiva y jamás fundante de un desarrollo sostenido.

No es posible, dado el tiempo de que dispongo, transcribir los avances y esfuerzos de excelentes civilistas extranjeros y de alguna jurisprudencia progresista, también foránea, para tratar de crear y fundamentar factores de atribución que constituyeran una vía más amplia y accesible a la reparación del daño de miles de damnificados de la humanidad, que se generaron después de la primera guerra mundial, al inicio del siglo XX.

Todo lleva a una sola causación: el sistema económico, sus crisis y sus reajustes. El verdadero y gran factor de la causación del daño de la posmodernidad es la *actividad económica*. El sistema económico está basado fundamentalmente en la iniciativa de las empresas privadas y éstas tienen como motor la obtención de la tasa de beneficio para producir su proceso de acumulación. Tal vez hoy día se percibe con más claridad que las empresas no pueden dejar, en su actividad económica, de *trasladar riesgos* constantemente al trabajador y al consumidor, en otras palabras, a la persona.

Además de las tres aplicaciones que en el derecho comparado advertimos de responsabilidad de la empresa, existen otros casos, sin perjuicio de la aparición de nuevas aplicaciones teniendo en consideración la posición de la persona en el mercado:

1. Los daños provocados por la generación de confianza

El *productor aparente*, o sea, quien pone su marca en el producto, está generando confianza en el público y ello es suficiente razón para hacerlo responsable. Es, pues, un caso ideal para recurrir al riesgo de empresa. Esta

atribución de responsabilidad es derivada del concepto de *riesgo provecho*, que sustenta a su vez la concepción del *riesgo de empresa* de la doctrina italiana.²² En todo caso, los intereses de los empresarios y consumidores son distintos, pues los empresarios silencian el riesgo provecho, y los consumidores insisten en otorgar virtualidad a la apariencia.

2. La responsabilidad de las empresas de asistencia médica y hospitalaria.

La responsabilidad de las clínicas y centros asistenciales por el hecho de los médicos es otro caso de aplicación pura de la teoría del *riesgo de empresa*. El esfuerzo doctrinal para hallar un fundamento de la responsabilidad en este caso ha producido diversas teorías que van desde la de la dependencia del médico con la clínica o centro asistencial, la responsabilidad indirecta o refleja, hasta la estipulación a favor de tercero.

Nos parece más preciso fundar la responsabilidad, que no dudamos en endosar a la clínica o centro médico, en el factor objetivo de atribución que consiste precisamente en el hecho de ser una *empresa* que se beneficia u obtiene provecho de las prestaciones médicas que en ella se realizan. La doctrina extranjera advierte este lucro o provecho y tomando pie en él ha dicho que *la clínica lucra con la prestación de los servicios médicos y asistenciales y cobra una retribución por prestarlos en debida forma*. Por ello es razonable que cargue con las consecuencias de la culpa de los profesionales que contrata, más todavía si la reparación de los daños sufridos por el paciente será más segura por la posible mayor solvencia de la empresa.

Más difícil es fundamentar la responsabilidad de la clínica cuando el médico trata independientemente al paciente, pero lo hace en el ámbito de un establecimiento asistencial. Aquí el centro asistencial por el *riesgo de empresa* quedaría obligado, tanto por obtener un lucro, como por haber generado *la confianza*.

La explicación, como escribe Giovanna Visintini,²³ está en la idea de que cada cual debe soportar el riesgo de su propia economía individual, o lo que es lo mismo, en la *teoría del riesgo de empresa*.

3. La responsabilidad del fuerte, del profesional, del experto, frente al débil, al cliente, al profano.

Ocurre que la idea de *riesgo de empresa* no se refiere únicamente a la mayor responsabilidad de quien se beneficia o lucra, sino a la *particularidad*

²² Cfr. Andres Leggnani, *Prodotti Difettosi. La Responsabilità per Danno*, Maggioli Editore, Rimini, 1990, p. 42.

²³ Cfr. *La responsabilità Civile nella Giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1967, p. 338.

de la posición del empresario. En efecto, éste no sólo disfruta de una superioridad jurídica y social, sino que además se aprovecha de las ventajas de una coyuntura favorable para él, razón por la cual es justo que cargue también con los inconvenientes de una perturbación que recae en su esfera de responsabilidad.²⁴ Apreciando el problema desde la perspectiva de una auténtica justicia conmutativa, habría que concluir que el que origina unos hechos que constituyen imponderables para otro, tiene que indemnizar los daños producidos a quien según las especiales características de la relación jurídica no se le puede exigir que se proteja a sí mismo.

La empresa que ocupa a un profesional liberal responde también por las faltas de éste, siendo suficiente que haya asumido el riesgo global de la actividad y que simplemente le haya dado instrucciones generales. No es necesario que le de órdenes sobre su técnica para que el empresario asuma su responsabilidad.

Miradas las cosas desde el punto de vista de la víctima, no hay diferencias entre el daño causado por un dependiente sin independencia técnica y el causado por quien, siendo también dependiente, goza de tal independencia. Cuando una persona acude a un hospital donde trabajan determinados médicos y auxiliares, considera que todos ellos son miembros de una misma organización, tanto el médico, la enfermera y la auxiliar. Pues bien, si esta persona tiene algún reclamo o queja sobre el comportamiento o la actitud de alguien que trabaje allí, acudirá a la dirección del hospital, tanto si se tratara de una auxiliar, como si se tratara de un médico.

Es que el simple poder de dirección general implica el compromiso patrimonial y la asunción de ese riesgo consistente en la atribución sobre el patrimonio propio de los derechos, y por lo tanto, de las obligaciones que derivan de la actividad y ejercicio empresarial.²⁵ En el derecho de daños y de la contratación actual el énfasis está puesto en la distinción entre el débil jurídico y el experto o el profesional, según sea el caso, y no es casual que se haya reclamado una protección del consumidor paralela a la que establece para el trabajador. La superioridad técnica del experto tiene como contrapartida la inferioridad jurídica del profano: a esta falta de equivalencia entre las dos partes de la relación atiende la teoría del *riesgo de empresa* y ella es su justificación filosófica y jurídica.

²⁴ Cfr. L. Ennecerus, T. Kipp, M. Wolff, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Volumen 2, Buenos Aires, 1978, p. 484.

²⁵ Cfr. Mariano Yzquierdo Tolsada, *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal. Teoría General*, Reus, Madrid, 1989, p. 70.

Ampliación de la legitimación activa y pasiva

La legitimación activa y pasiva concierne a la *efectiva* resarcibilidad de los daños: cuanto más extensa sea la legitimación activa, más sujetos estarán en condiciones de reclamar el resarcimiento; y cuanto más amplia sea la legitimación pasiva, mayor será la certeza de obtener el resarcimiento de uno o de otro de los sujetos pasivos.

Es explicable, entonces, que una de las tendencias del derecho nuevo esté dada en la mayor probabilidad de las víctimas de reclamar sus derechos: sea mediante el aumento de los legitimados pasivos de un mismo daño, o también por la aptitud legitimatoria a favor de las personas que pueden reclamar. Es obvio que esta ampliación de la legitimación –tanto activa como pasiva– se traduce en la mayor proporción de indemnizabilidad y de certeza en el cobro.

Desde luego, en la medida que se reconoce la existencia de un acreedor en situaciones en las cuales tradicionalmente no se la veía, la legitimación activa se incrementa. Sea gracias a la doctrina de los *proprios actos*, por la relevancia de la *declaración de voluntad negligente*, o por la *responsabilidad derivada de la confianza*, se llega a obligar al emisor de una declaración si su destinatario tiene fundamento para considerar que aquélla está destinada a obligar a su autor.

a) Aumento de los legitimados activos de la acción indemnizatoria

Hoy se admite la categoría de los *daños colectivos o difusos*, consagrando una apertura legitimatoria a favor de las pertinentes formaciones sociales y grupos intermedios para el ejercicio de la acción indemnizatoria con proyección hacia la totalidad del perjuicio producido a la sociedad representada. Ello, claro está, sin perjuicio de la opción que cabe a cada miembro del grupo para reclamar individualmente el daño proporcional a la propia fracción de interés lesionado, cuando esa porción del perjuicio satisface por sí el requisito de certeza.²⁶ El reconocimiento de la legitimación de los titulares de *intereses difusos* se ha dado tanto para contaminación ambiental como para productos potencialmente peligrosos.

Otra forma de fortalecimiento de los titulares de acción está determinada por la posibilidad del reclamo contenida en el artículo 2315 del Código Civil, que dispone: "Puede pedir esta indemnización no sólo el que es due-

²⁶ Cfr. Stiglitz, Gabriel A., *La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas*, LL, 1984, cit. por Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad Civil. Derecho Substantivo y Derecho Procesal*, Montecorvo, Madrid, 1986, nota 2.

ño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño”.

Con todo, creemos que en cuanto a la titularidad de la acción resarcitoria, el *principio* de que la acción compete a quien *ha sufrido* o *teme un daño*, dada la data del Código Civil, es susceptible de reinterpretación a fin de incrementar la legitimación activa.

Ampliación de la legitimación pasiva

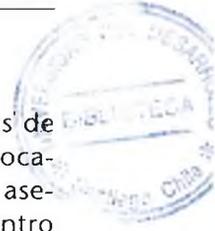
La doctrina, en su intento de preservar a la víctima de la posible insolvencia del autor del daño, le ha conferido la facultad de reclamar contra *más de un responsable*, difiriendo para después la posibilidad de reintegro, en las relaciones internas del grupo deudor.

En otro orden de ideas señalamos que la responsabilidad profesional del médico se extiende al hospital o clínica y a la mutual: en la esfera contractual esa responsabilidad emana de la obligación tácita de seguridad que tiene el ente y que funciona con carácter accesorio del deber jurídico calificado de prestar asistencia médica por medio de sus facultativos; en el ámbito aquiliano la cuestión no es distinta, sea que se entienda que existe un desplazamiento del deber de seguridad al plano delictual, o bien que el contrato ha sido un medio para coparticipar en la causación de un daño extrapatrimonial.

Cabe preguntarse si con motivo de la construcción de un edificio existiría responsabilidad civil objetiva no sólo del constructor, sino también del director de obras y del proyectista, y todo ello en relación con los titulares de la acción a que se refiere el artículo 2324 del Código Civil. Y si en el evento de existir responsabilidad, ella sería también solidaria. El punto merece especial estudio con el objeto de hacer más extensiva la responsabilidad frente a estos casos.

La doctrina civilista tras un largo proceso de evolución sostiene que es demandable por indemnización la *persona jurídica*.

La responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad lícita de cualquiera de sus órganos ha sido resuelta afirmativamente, como ente de control resulta responsable por omisión del poder de contralor sobre entidades financieras, y se lo involucra en el daño que sufre el consumidor y la víctima de productos farmacéuticos y medicinales defectuosos.



Sabemos que pueden quedar afuera de esta enumeración otros casos de responsabilidad solidaria y concurrente, porque es impresionante la vocación actual del derecho por encontrar responsables que, *prima facie*, aseguren a la víctima la indemnización, y ello se advierte en cada encuentro de especialistas civilistas, donde se amplían las hipótesis que confirman esta tendencia.

A modo de colofón

Creemos que todo, partiendo por el sentimiento generalizado de la población, al que se une la descodificación del derecho de daños, converge al incremento cualitativo y cuantitativo de la obligación resarcitoria. Hoy, la pregunta ¿hay norma legal que impute el deber de reparar los daños al empresario que desarrolla una actividad riesgosa? es una pregunta sin sentido. Tendrá sentido, por el contrario, preguntar así: ¿es sentimiento generalizado de la población que los titulares de actividades riesgosas deban reparar el daño sin más? Esta pregunta también es respondida afirmativamente por la doctrina civilista, que afirma el carácter objetivo de la responsabilidad en materia de actividades riesgosas.

Pues bien, detenerse en preguntas sin sentido hará que el intérprete pierda el rumbo y yerre en la captación del derecho *vivo*, que es en palabras de G. Santini, *el que prescinde de los objetos jurídicos muertos, aunque se hallen todavía legislados*.

Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil

Ramón Domínguez Aguila

Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Que la víctima deba probar que ha perdido algo en razón del hecho que imputa al responsable es una exigencia evidente en toda acción de responsabilidad civil. Pero ¿en qué debe consistir ese algo? Esa es la respuesta que requiere la precisión sobre el rol y el concepto de daño.

1. Rol del daño en la responsabilidad

Aunque pudiera pensarse que el daño es el elemento esencial de toda acción de responsabilidad, desde que ésta tiene un fin reparatorio, es lo cierto que desempeña variados objetivos, si se tienen en cuenta otros aspectos.

1.1. Desde luego, es un elemento esencial, como acaba de señalarse, y tradicionalmente es el que, según la doctrina, diferencia en forma más evidente la responsabilidad civil de la penal.¹ Más aún, no pocos le atribuyen el carácter de presupuesto común a todos los órdenes de responsabilidad, sea contractual o extracontractual, con la sola excepción del caso de la cláusula penal (art. 1542 C. Civil). Y hay quienes le confieren el carácter de condición de la acción reparatoria más que de elemento del acto ilícito, desde que pueden concebirse casos de ilicitudes civiles aun en ausencia de daño, como en la nulidad o en ciertos delitos civiles específicos (ej., arts. 1231

¹ Aunque hay otras diferencias, los autores señalan siempre que el fin reparatorio del daño sería el principal elemento diferenciador en cuanto a los objetivos y esa aseveración es común a los civilistas como a los penalistas y en autores tan diversos como Beling (*Esquema del Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo*, págs. 8 y 9, Buenos Aires, 1944) o Novoa (*Derecho Penal*, t. 2, N° 616, Santiago 1966), para los últimos, o a Viney (*Les Conditions de la Responsabilité Civile*, N° 247, 2ª Edic. por Viney y Jourdain, París, 1998) o Alessandri (*De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, pág. 18 y sgts., Santiago, 1943). Sin embargo esa aseveración no es tan evidente, si se tiene en cuenta que en múltiples aspectos la responsabilidad civil conserva aún fines sancionatorios, y ello sin entrar a cuestiones en torno al concepto de sanción penal, que para muchos es retributiva, como lo es la reparación civil. Vid. R. Domínguez A., *Aspectos Contemporáneos de la Responsabilidad Civil*, en Rev. de Derecho Universidad de Concepción, N° 11, págs. 107 y sgtes.

y 1768 C. Civil). De este modo, el daño es el supuesto de una de las formas de ilicitud, pero no elemento imprescindible de ésta.²

1.2. Por otra parte, debe observarse que no toda reparación de daños implica poner en ejecución la responsabilidad civil. Hay importantes formas de reparación que no acuden a la idea de acto ilícito y que se fundan en nociones de seguridad social, es decir, de reparto de riesgos en la sociedad o en ciertas actividades, y en las que la reparación se hace con cargo a fondos comunes con prescindencia de una acción de responsabilidad, como ocurre en el sistema de accidentes del trabajo de la Ley N° 16.744, en cuanto a los daños cubiertos por el sistema de seguro, y es por ello que para otros daños esa misma ley deja a salvo la acción de responsabilidad ordinaria (art. 69). Es por eso que, acertadamente, hay quienes han reclamado en contra de la tendencia a comprender dentro de la responsabilidad civil a todo deber de reparación.³ Sólo hay responsabilidad civil cuando el deber de reparación se impone a un sujeto determinado que lo ha causado, sea por su culpa o dolo o por ser el creador del riesgo. Pero si hay reparación sin imponerla a un sujeto, no puede hablarse de responsabilidad. Desde ese aspecto, el daño tiene un ámbito de tratamiento jurídico mucho mayor que la sola responsabilidad.

Así, entonces, la idea de daño como elemento del acto ilícito debe ser matizada, por una parte, porque la reacción a la ilicitud se da aun sin daño, y por otra, porque la reparación del daño no se hace sólo por medio de sistemas de responsabilidad.

1.3. Cabe agregar, por último, a este respecto, que además en algunos casos es un cierto tipo específico de daño el que permite el ejercicio de la correspondiente acción. En el *Common Law* por ejemplo, en algunos *torts* y en especial en el de *public nuisances* no basta la simple alegación y aun

² La supresión del ilícito puede obtenerse por otros medios que no sean la responsabilidad civil, como ocurre con la ejecución forzada, la resolución, etc. De este modo, queda en evidencia que el daño es más bien condición de la acción reparatoria y no elemento del hecho ilícito. Sobre ello, G. Viney, *Responsabilité. Effets*, N° 25 y sgtes, París; Orgaz, *El Daño Resarcible*, pág. 18, 2ª Edic., Buenos Aires, 1960; Acuña Anzorena, en Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, t. 4, pág. 72, nota 22. Hay quienes incluso ven en el daño una simple "ocasión" de responsabilidad. Así, B. Stark, *Droit Civil. Obligations*, N° 99. Hay situaciones incluso en el derecho extranjero en que, ante la imposibilidad de prueba del daño, se recurre a la presunción del mismo, fórmula técnica que en el fondo implica prescindir de su existencia para ordenar la reparación del ilícito. Tal ha ocurrido en Francia con casos de concurrencia desleal, en que se ha llegado a resolver que esos actos acarrearán necesariamente un daño (Así, Ph. Le Tourneau y L. Cadiet, *Droit de la Responsabilité*, N° 3229; G. Viney y P. Jourdain, ob. cit. N° 247).

³ M. Fernández Martín-Granizo, *Responsabilidad Objetiva u Obligación Legal de Indemnizar. Notas sobre su naturaleza jurídica*, en Anuario de Derecho Civil, (Madrid) 1965, pág. 663, y *La obligación de indemnizar por parte del Estado en los supuestos daños a las personas por bandas o grupos armados*, An. de Der. Civ., 1980, págs. 85 y sgtes.

prueba de un daño general, sino que se requiere acreditar un daño especial (*special damage*) por parte del actor.⁴ Entre nosotros, la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales de Medio Ambiente, exige un daño ambiental, precisamente definido en el art. 2° letra e), para la acción reparatoria del medio ambiente, sin perjuicio de dejar a salvo la acción civil ordinaria por daño común para los afectados (art. 53).

1.4. Pero además el daño es la medida del quantum de la acción reparatoria, de modo que la condena al respecto no puede exceder el daño causado y, en principio, no debe ser menor a éste: todo el daño y nada más que el daño causado son los límites impuestos al juez para la condena por responsabilidad civil. Ello determina entonces que el actor debe señalar en su demanda los daños de que se queja y cuya reparación solicita, como requisito procesal inevitable que fija la medida de la cosa pedida. De allí que, en principio, las alteraciones que aumenten el daño en el curso de la litis deberán ser objeto de una nueva acción reparatoria. Con todo, no habrá de confundirse el daño mismo –que debe ser alegado y que el juez no puede establecer en ausencia de alegación– con su medida económica, cuestión que el juez establece soberanamente. Es por ello que no resulta aceptable sostener que no puede haber condena si el demandante no ha probado el daño, entendiéndose por tal la medida o traducción económica de él, es decir, su valuación, y que sea más acertado entender que, habiéndose probado la existencia del daño, en el sentido de situación jurídica afectada, el juez puede establecer el quantum reparatorio de acuerdo a sus facultades y prudencia, aún si el actor no hubiese proporcionado la prueba exacta de su medida económica.⁵

1.5. Con todo, lo expresado no agota la función del daño en la responsabilidad civil. Por mucho que se sostenga la diferencia de fines entre ella y la responsabilidad penal, según hemos anotado, es lo cierto que la idea de sanción no está ausente de aquélla, incluso sin necesidad de recurrir a las ideas de penas privadas. El derecho comparado ofrece ejemplos claros al respecto, como en el *Common Law* la idea de *punitive damages*, en USA, que da lugar a una doctrina, a veces crítica de la idea, conocida y abundante, a la que no podemos aludir aquí.⁶ Y entre nosotros, en oportunida-

⁴ La exigencia es antigua. Por ej., en Inglaterra, en *Winterbottom v. Lord Derby*, 1867 L. R. 2 Ex. 316. Sobre ello, Prosser, *Private action for Public Nuisance*, 52, Va. L. Rev. (1966) 997; *Restatement of the Law, Torts*, 2nd Art. 821.

⁵ Sobre ello, J. L. Diez Schwerter, *El Daño Extracontractual*, págs. 133 y 137; R. Domínguez A. y R. Domínguez B., comentario a sentencia C. Punta Arenas de 7 de abril de 1993, en Rev. de Derecho U. de Concepción, N° 192 (1993), pág. 215.

⁶ Nos remitimos a lo expuesto en nuestro trabajo *Consideraciones en torno al Daño en la Responsabilidad Civil. Una Visión Comparatista*, en Rev. de Derecho, U. de Concepción, N° 188 (1990), págs. 129 y sgtes. y la bibliografía allí citada.

des de modo expreso,⁷ y en otras implícitamente y aun en forma inconsciente, la idea de sanción subsiste cuando la culpa de las partes es un factor considerado por los jueces para determinar el quantum de la indemnización. Esta idea implícita es más evidente cuando se trata de la aplicación del art. 2330, que permite rebajar el monto de la reparación en caso de culpa concurrente de la víctima, caso en el cual ha sido común el considerar como elemento para determinar el monto de la rebaja la gravedad de la culpa del demandante, criterio que, en una idea de responsabilidad con fin sólo reparatorio y en la que la suma fijada como indemnización tiene como medida sólo la dimensión del daño.⁸

1.6. Por último, también la idea de daño y su reparación ha servido en algunas legislaciones para reconocer la existencia de un derecho. Así, la condena a una suma simbólica, aunque criticada por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte de Casación, ha servido en Francia para establecer o decidir que una persona tiene un derecho que ha sido lesionado, como por ejemplo, que ha sufrido un daño no patrimonial.⁹ Otro tanto sucede en el *Common Law* con los *nominal damages*, que según la definición del *Restatement of Torts* es "la suma trivial de dinero concedida a un litigante que ha acreditado una causa de acción, pero no ha probado que tiene título para obtener daños compensatorios" (art. 904).

2. Concepto de daño

La noción de daño fluctúa en la doctrina entre dos extremos: una noción restrictiva, que le equipara a la pérdida o atentado a un derecho subjetivo, y una amplia, que lo asimila a todo menoscabo, detrimento o disminución, sin mayor precisión. Pero resulta curioso constatar que la noción de daño no ha preocupado en demasía a la doctrina, que más bien se ha preocupado de deslindar y precisar las diversas categorías de daños y se resiste a mayores precisiones.

2.1. Para quienes entienden que el daño equivale a una pérdida de un derecho, o a un bien jurídicamente tutelado, las dificultades se plantean al momento de concebir el daño no patrimonial o moral, desde que los aten-

⁷ Como en las sentencias de C. Suprema, 24 junio 1980, F. M. 259, pág. 168 y Rev. de Der. y Jurisp. T. 77, sec. 4º, pág. 95; 20 agosto 1973, Rev. de Der. y Jurisp., t. 70, sec.4º, pág. 91; C. Concepción, 7 noviembre 1985, Rev. de Der. y Jurisp. T. 82, sec.4º, pág. 288.

⁸ En tal caso, el criterio lógico a considerar debería ser el de la eficacia causal de las culpas respectivas, por mucho que ello no sea de fácil medición. Sobre ello, véase R. Domínguez A., *El Hecho de la Víctima como Causal de Exoneración de la Responsabilidad Civil*, en Rev. de Der. U. de Concepción, N° 13, 1966, págs. 29 y sgtes.

⁹ Sobre ello, M. E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, págs 128 y sgtes., París, 1974.

tados a la persona se refieren más bien a sus valores que a sus derechos, y menos si la noción de daño se limita a la infracción de derechos subjetivos. Desde luego, por ejemplo, nadie puede sostener que exista un derecho subjetivo sobre el propio cuerpo, pues éste integra la noción misma de persona como sujeto de derecho. Así, entonces, si la idea de daño se limita a la pérdida o atentado a aquellos derechos, difícil sería concebir la reparación del daño puramente corporal sin incidencias patrimoniales. Y es evidente que en el derecho actual el daño puramente corporal admite reparación con independencia y más allá de sus incidencias patrimoniales, como expresión del respeto que se debe a la persona humana, concebida en su integridad, y no sólo como esa abstracción con que el derecho civil clásico concibe a la persona natural. Además en estas concepciones aparece la idea de ilicitud ligada a la noción de daño, cuestión que ha preocupado a alguna doctrina, sin obtenerse con ello un avance en la idea de daño.¹⁰

2.2. Pero la noción amplia tampoco resulta libre de dificultades. Entre nosotros, la obra clásica de Alessandri entiende por daño "todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc."¹¹ Pero tal concepto equivale a no tener ninguna y, en definitiva, dejar entregado al juez precisar cuándo hay daño, con la incertidumbre y decisiones contradictorias que ello acarrea.

2.3. De allí que la idea de situación jurídica afectada sea más precisa y apta, porque por una parte es más amplia que la de privación o atentado a un derecho, y por otra confiere al daño una cierta precisión, pues no se trata de cualquier menoscabo, sino de una alteración o privación de un cierto interés lícito y cierto, por tanto reconocido por el derecho, y existente. Las nociones de licitud del interés y su certeza resultan así ser esenciales en la precisión de la existencia del daño.

2.4. En lo que concierne a la licitud del interés, se observa en el derecho contemporáneo una notable evolución, pues ella implica la introducción de las ideas morales en la apreciación del daño y, por lo mismo, la evolución que los juicios de licitud y tolerancia social experimentan en las sociedades de nuestro tiempo, lo que permite, a la vez, observar las diferencias culturales y diversas evoluciones entre sociedades más abiertas y otras menos liberales. También ello permite saber las consecuencias que tienen los cambios de juicios morales incluso en materias que pudieran parecer tan distantes, como lo es la responsabilidad civil, porque el criterio de ilicitud

¹⁰ Es el caso de la doctrina uruguaya en torno al art. 1319 del C. Civil. Sobre ello, J. Peirano F., *Responsabilidad extracontractual*, N° 127 y sgtes., Montevideo, 1954.

¹¹ A. Alessandri R., *Responsabilidad Extracontractual*, N° 138, Santiago, 1943.

del interés alegado depende de esos juicios morales y no de una cualidad que fuera intrínseca a ciertos daños.

Un ligero examen de los casos en que el criterio de licitud se ha debatido y se debate en otros países, permite ilustrar esa observación. De más está volver aquí a la evolución que ha experimentado en países europeos continentales y en USA la situación del concubinato frente al perjuicio de afectación por la pérdida del concubino. Ella ha sido retrazada en otra oportunidad¹² y no se volverá aquí sobre el punto; pero es reveladora del modo cómo a medida que esa convivencia se hace común en ciertos países, se altera el juicio obre su licitud, primero buscando soluciones que permiten la reparación del daño sufrido por la muerte del conviviente en situaciones menos conflictivas, para terminarse con una admisión amplia y sin excepciones de la reparación de ese daño. Y otras situaciones comienzan a presentarse en el derecho comparado que expresan esos cambios en los juicios sociales. Así en países en que el aborto es admitido y aun visto como expresión de un presunto derecho al propio cuerpo, ya se ha pretendido alegar que es daño reparable un embarazo no deseado como consecuencia de errores en procedimientos anticonceptivos o abortivos. Como los cambios de juicios morales no llegan hasta ese punto, la Corte de Casación en Francia ha resuelto que "la existencia del hijo que ha concebido, no puede por sí sola constituir para su madre un perjuicio jurídicamente reparable, aun si el nacimiento se ha producido después de una intervención practicada sin éxito en vista a interrumpir el embarazo", y que "en ausencia de un daño particular que, agregado a las cargas normales de la maternidad, habría sido de tal naturaleza que permitiese a la madre reclamar una indemnización, la Corte de Apelación ha justificado legalmente su decisión".¹³ Pero ya esa decisión deja suponer que si existiesen circunstancias particulares, tal vez la de un embarazo a consecuencia de una violación, o el nacimiento de un hijo que se sabe será limitado, la solución podría ser diversa. Por consiguiente, el juicio de ilicitud del interés alegado se mantendrá hasta que subsista la idea que una vida es preferible a una ausencia de vida, como un autor ha podido sostenerlo justamente.¹⁴

Estas situaciones podrían parecer absurdas y excesivas entre nosotros; pero ello es así en la actual realidad y si en otras materias nuestra tradición ha sido la de seguir con retardo las evoluciones de otros derechos, no hay razones para no imaginar que ello no pueda llegar a ocurrir y, en todo caso, bueno es tener en cuenta lo acontecido en otros países.

¹² R. Domínguez A., *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil*, citado.

¹³ Civ. 1^ª, 25 de junio 1991, D. 1991, pág. 506, nota P. Le Tourneau; Rev. Trim. Dr. Civ., 1991, pág. 753, obs. P. Jourdain.

¹⁴ J. Roche-Dahan en nota en D. 1996, pág. 36

Por otra parte, el juicio de licitud del daño puede extenderse al examen de la situación en que la propia víctima se ha colocado, de modo de considerarse como ilícito, y por tanto no reparable, el daño causado en casos en que esa víctima ha participado voluntariamente en la actividad ilícita en la que ha resultado dañada. Si bien el criterio de ilicitud puede examinarse en algunos casos bajo el supuesto de culpa concurrente o exclusiva de la víctima, y por ende como causal de exoneración del demandado, en otros casos resulta más propio aplicarlo al interés invocado y por lo tanto desestimar la acción, por el hecho de invocarse un interés que no es aceptado por el derecho. Tal el caso de quien, participando en el robo de un vehículo, sufre un daño en un accidente causado por la culpa exclusiva de un tercero. En ese supuesto, el solo examen de la causalidad no permite desestimar la acción de la víctima; pero sí lo permite el examen de la licitud del interés alegado. Es esta consideración la que permitió a la Corte de Casación francesa, cuando allí se penaba aún le emisión de un cheque sin fondos, desechar la acción civil reparatoria del que había recibido a sabiendas el cheque sin fondos, como en el caso del que lo recibe a fecha posterior, solución que perfectamente podría aplicarse entre nosotros, ya que ese supuesto acreedor ha participado con su actividad en el hecho ilícito y por ende su interés es ilícito.¹⁵

Dispone entonces el juez, con el examen de la licitud del interés alegado, de una valiosa herramienta para limitar demandas reparatorias que parezcan contrarias al juicio social o a la legitimidad de la situación en que se coloca el demandante.

2.5. En lo que dice relación con la certeza del daño, también se observa una evolución notable en el derecho actual. Mientras clásicamente se ha entendido que el daño ha de ser cierto y que, por lo mismo, no cabe reparación de daños eventuales, la doctrina actual modera el criterio de certeza para permitir la reparación a atentados en contra de situaciones jurídicas que no confieren un derecho actual, pero que tienen de todas formas un valor económico o al menos psicológico para el afectado.

Tal es lo que ha sucedido con el cambio que se ha operado en el evento de pérdida de chances o posibilidades. Mientras la doctrina tradicional enseña que es requisito del daño su certeza, cuestión en la que no cabe debate, en algunas situaciones y a raíz de una incertidumbre en la adquisición de un derecho o ventaja, no se había apreciado que esa probabilidad tiene en

¹⁵ Crim. 27 de marzo de 1968, D. 1968, pág. 523 nota R. Vouin; Rev.Trim. Dr. Civ, 1968, pág. 576, obs. P. Hémar y Crim. 28 junio 1982, Bull. Crim. N° 175, etc. Pero en USA la cuestión es más discutible: Schaefer, *Uncertainty and the Law of Damages*, 1978, 19 Wil. And M. L. Rev. 719; Ken Cooper, *Assessing Possibilities in Damages Award. The Loss of a Chance and the Chance of a Loss* (1973), 37 Saskatchewan L. Rev. 193, etc.

sí un valor económico que debe ser apreciado, al momento de considerar los daños reparables. El problema residía, en esos casos, en que como la ventaja o derecho es muchas veces eventual, no tiene los caracteres de certeza exigidos por el daño para ser indemnizado; pero cuando se trata de reparar la pérdida de una chance, no se pretende que se repare ese derecho eventual en su valor, como si hubiese sido efectivamente adquirido, sino de atribuir un valor a esa posibilidad perdida. La imposibilidad de presentarse a un concurso o un examen, a una licitación, son reparables en la medida en que había una razonable y seria esperanza de obtener, porque ella tiene un valor económico y aun transable comercialmente. Por ello la pérdida de una chance es hoy en día un perjuicio reparable y la doctrina y jurisprudencia comparadas son abundantes al respecto.¹⁶

Más delicada ha sido la consideración de la pérdida de una esperanza de curación en los tratamientos médicos. Es frecuente que a raíz de una culpa profesional médica un paciente pierda la posibilidad de sanar, al no haberse sometido a cierto tratamiento, o se limite su sobrevida, al no hacerse un diagnóstico adecuado y oportuno. La cuestión de saber si hay aquí o no pérdida de una chance o más bien un problema de causalidad ha preocupado a la doctrina; pero sin que quepan dudas que hay allí un daño reparable. Por más que se introduzcan en ella problemas de incertidumbre sobre la causalidad de la culpa profesional, es lo cierto que el paciente ha perdido una posibilidad que tiene el carácter de daño reparable.¹⁷

En relación con la certeza del daño, se ha discutido también el problema algo diverso a la pérdida de una chance, como es el de la creación o aumento de un riesgo. En ese caso, siendo la realización misma del hecho dañoso incierta, cabe más que la indemnización, la reparación mediante la eliminación de los factores que causan el riesgo, como sería reponer elementos dañados, reparar estructuras, etc. Pero en algunas hipótesis no cabe sino esperar para determinar si el daño se produce o no, y mientras tanto, no indemnizar un hecho incierto. Con todo, la cuestión resulta más delicada en la hipótesis de contagio de SIDA. Se sabe que en ese caso,

¹⁶ Así, F. Chabas, *La perte d'une chance en droit français*, en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Ginebra 1991, pág. 31; A. Benavent, *La chance et le droit*, París 1973; La jurisprudencia inglesa la admite desde hace tiempo: por ej. *Chaplin v. Hicks* (1911) 2 K.B. 786 (imposibilidad de presentarse a un concurso de belleza); *Mulvaine v. Joseph* (1968), 112 Sol. Jo. 927 (imposibilidad de jugar un torneo de golf), pero en USA la cuestión es más discutible: *Schaefer, Uncertainty and the Law of Damages*, 1978, 19 Wil. And M. L. Rev. 719; Ken Cooper, *Assessing Possibilities in Damages Award. The Loss of a Chance and the Chance of a Loss* (1973), 37 Saskatchewan L. Rev. 193, etc.

¹⁷ Sobre ello, en Francia Civ. 17 nov. 1982, 305 y nota A Dorsner-Dolivet; G. Memeteau, *La Responsabilité Civile Médicale*, Cours McGill, 1989, Montreal 1990, N° 300 y sgtes. y G. Viney, *Les Conditions de la Responsabilité Civile*, N° 280 y 370 a 373, y para la reparación del *loss of expectation of life* en Inglaterra, G. Viney y B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel*, N° 45, París, 1985; Markesinis y Deakins, *Tort Law*, págs. 171 y sgtes., 3ª. Edic. Oxford, 1994.

durante la sola etapa de seropositividad no hay sino un riesgo de que la enfermedad se revele; pero sería ilógico pensar que no hay por ello un daño reparable, pues es lo cierto que la contaminación altera gravemente la estabilidad psíquica de la víctima y sus condiciones de vida, perjuicios no económicos claramente reparables como daños morales.¹⁸ Evidentemente, una vez que la enfermedad llegue a presentarse, se tratará de una agravación del daño ya producido, que dará derecho a una nueva acción indemnizatoria.

3. Daño patrimonial y no patrimonial

Pero la noción de daño debe ser complementada, para una mayor precisión, con el examen de su clasificación frente a los nuevos riesgos.

Como se sabe, la tradicional distinción entre daños patrimoniales o con contenido económico, es decir, la pérdida de intereses avaluables, y los daños no patrimoniales o morales, como es la calificación usual entre nosotros, representa la *summa divitio* en esta materia. El derecho actual la mantiene; pero su contenido se renueva por la creación de riesgos hasta hora desconocidos y por la preponderancia que adquiere en el derecho actual la noción de persona humana.

3.1. En lo que concierne a los daños patrimoniales, adquieren especial relevancia la consideración de daños frecuentes, como la pérdida del empleo, la interrupción o reducción de la actividad empresarial, los efectos de la concurrencia desleal, los daños causados por productos defectuosos y, más generalmente, los que resultan de la protección al consumidor,¹⁹ las consecuencias económicas del daño corporal, la disminución de valor de los bienes. Pero más que nuevos rubros a reparar, lo que ha aumentado es la extensión de la responsabilidad, con la particular consideración de cuestiones como el incumplimiento de las obligaciones de lealtad e información, la ruptura inmotivada de tratos preliminares, la intervención de terceros en la inejecución de un contrato, de modo que daños que antes pudieron no repararse son ahora reparados no porque sean nuevos tipos de perjuicios, sino porque hay actividades dañosas que en otra época pudieron no ser consideradas.

Desde este punto de vista, la necesidad de reparar la mayor cantidad de daños posibles y de extender la responsabilidad se hace a veces mediante

¹⁸ Sobre ello, Y. Lambert-Faivre, *Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du SIDA*, D. 1993, ch., pág. 67, y *Droit du dommage corporel*, N° 145 y sgtes., 3ª edic., París, 1996.
¹⁹ Sobre ello, una aproximación en H. Corral T. *Ley de Protección al Consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos*, Documento de Trabajo N° 13, Universidad de los Andes, 1997.

la creación técnica de nuevas obligaciones y aun la ampliación de la responsabilidad contractual, por ejemplo bajo la idea de contratos implícitos o la ampliación de la ideas de obligación de seguridad, permitiéndose así abarcar daños que, de otro modo, no se repararían bajo las nociones tradicionales. Es el caso de actividades deportivas, juegos mecánicos y más recientemente, la explotación de centros médicos, comerciales, tiendas, hospitales y otros, que al admitir clientela resultan obligados a responder por la seguridad de los respectivos recintos.²⁰

Otra evolución importante respecto de los daños económicos dice relación con el carácter personal del daño. Esta es una existencia clásica: el que demanda reparación ha de haber sufrido el daño de que se queja. Pero en la actualidad hay actividades que son susceptibles de causar daños a un gran número de personas y aun en gran escala, como ocurre con los daños al medio ambiente o a los consumidores. Pero aún fuera de esos casos, es frecuente que un mismo acto cause daños a muchos. Los principios comunes de nuestro derecho procesal están mal adaptados a esas situaciones, pues el principio según el cual sin interés no hay acción, impide entre nosotros la admisión general de las denominadas acciones de clase, para accionar en contra de daños difusos. No existen entre nosotros acciones asociativas, salvo casos muy recientes, como en la Ley N° 19.659 sobre Protección al Consumidor, y por lo demás de un modo muy imperfecto (art. 8° letra d), que requiere por lo demás mandato de los asociados para el ejercicio de las acciones respectivas) y de ese modo no cabe sino seguir admitiendo la existencia de acciones individuales que exigen la prueba del daño personal. En el caso del daño al medio ambiente, la Ley N° 19.300 distingue entre el daño ecológico propiamente tal, tal cual se define en el art. 2° letra e) y el perjuicio personal que la acción dañosa del medio ambiente ha podido causar a una persona (art. 53). Las acciones para obtener la reparación de uno y otro son diversas. Mientras la acción medioambiental se concede a las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño y también a las Municipalidades y el Estado por intermedio del Consejo de Defensa del Estado (art. 54) y sólo para obtener la reparación del medio ambiente dañado, la segunda es propia del personalmente dañado, quien, por lo mismo, deberá probar su propio daño.

Con todo, las normas sobre daños al medio ambiente no bastan para cubrir la variedad de perturbaciones que por la acción ajena puede sufrir una persona en sus condiciones de vida. Un buen ejemplo lo proporciona

²⁰ En cuanto a la ampliación de obligaciones e seguridad, Ph. Le Tourneau, *Le développement de l'obligation de sécurité. Aspects civiles*, Gaz. Pal. 21 sept. 1997; P. Jourdain, *L'obligation de sécurité (A propos de quelques arrêts récents)*, Gaz. Pal. 1993, 2, doct. pág.1171 y sgtes., y la extensión de esa doctrina en Argentina, J. Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, N° 959 y sgtes., 8ª edic., Buenos Aires, 1993.

entre nosotros la imposibilidad que existe para los habitantes de un barrio cualquiera de reaccionar en contra de construcciones o instalaciones que alteran las condiciones de vida de ese barrio o sector. La circunstancia que las normas de urbanismo permitan ciertas construcciones ha bastado en Chile para entender que la erección de numerosos edificios en altura que perjudican al entorno debe ser tolerada, porque estando amparada por la ley, es una actividad lícita. Sin embargo, en otros países se ha entendido que la circunstancia de existir autorización administrativa no impide obtener la reparación causada y ello se ha efectuado sea por la dictación de normas específicas, sea por el recurso a principios clásicos que están presentes en la legislación civil.²¹

En efecto, del conjunto de las normas del Código Civil se desprende la existencia de un principio general, de acuerdo al cual el límite del ejercicio del derecho de propiedad reside en la obligación de no causar, con su uso, perjuicio a la propiedad ajena. La definición misma del dominio del art. 582 del C. Civil lo revela; pero además toda la regulación de las acciones posesorias especiales (arts. 930 y sgtes.) y la de algunas servidumbres revela la existencia de obligaciones de vecindad que se traducen precisamente en el deber de no perturbar la propiedad ajena. Y en tales principios, presentes en otras legislaciones, se ha basado toda una construcción jurisprudencial y doctrinaria para reaccionar en contra de lo que se ha dado en llamar "*nuisances*", es decir, daños anormales o excesivos en las relaciones de vecindad. Es verdad que el hecho de vivir en comunidad impone limitaciones y ellas han de ser soportadas, porque son naturales a esas formas de vida y por lo mismo tales perturbaciones presentan un carácter de normalidad. Pero el principio ya indicado no permite que en uso aun autorizado por reglas administrativas, se causen perturbaciones que excedan esa normalidad y con un carácter de permanencia: privación de asoleamiento por una construcción, de luz, ruidos anormales, olores, luces de publicidad que dañan la oscuridad de departamentos vecinos en la noche, vibraciones, alteraciones en el curso de aguas lluvias, etc. El daño así causado tiene su fundamento en las perturbaciones de las obligaciones de vecindad y con independencia de una culpa específica y aun si existe autorización administrativa, pues ésta sólo pretende certificar que se ha dado cumplimiento a normas de urbanismo; pero no libera del cumplimiento del deber general de no perturbar el derecho ajeno.²² Por otra parte, la doctrina ha entendido que el hecho de existir esas autorizaciones no

²¹ Véanse en esta cuestión los diversos informes nacionales en *La protection du voisinage et de l'environnement, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XXVII, París, 1976.

²² Por ejemplo, en Francia, sentencia de Civ. 3ª, 24 octubre 1990, D. 1991, somm., pág. 309, obs., A. Robert; 27 junio 1973, JCP 1975, II, 18014 nota F. Jaubert y el interesante caso de construcción en altura que priva de sol a propiedades vecinas, 18 julio 1972, JCP, 1972, II, 17.203, nota Fabre.

impide considerar que la ventaja obtenida por el causante de la anomalía es en desmedro de la disminución de valor de propiedades vecinas. De este modo, se obtiene un provecho mediante la disminución de atributos del dominio ajeno, y ello no obstante la protección constitucional del derecho de propiedad. Es evidente que, entre nosotros, tales argumentaciones se opondrían a las ideas clásicas con que se ha razonado en torno al derecho de propiedad y al sistema de responsabilidad subjetivo fundado en la culpa. Pero no deja de ser interesante observar que los principios extraídos en otros países de las reglas comunes podrían perfectamente aplicarse también a nuestro Código Civil y sin necesidad de recurrir permanentemente a legislaciones especiales siempre limitativas e insuficientes. Y esas soluciones no sólo son hoy comunes en derechos codificados,²³ sino también en el *Common Law* en que el *tort de nuisance* ha adquirido un especial desarrollo para cubrir más que los daños puramente ecológicos.²⁴

3.2. Pero son los daños no patrimoniales o morales los que se han desarrollado de un modo imprevisible hace algunos años. Su desenvolvimiento está muy ligado a la enorme evolución operada en el derecho contemporáneo en la consideración de la persona humana.

En efecto, en la codificación civil, por mucho que se hable del derecho de las personas, el ser humano concreto, con sus virtudes y limitaciones, no aparece. La idea de persona se desarrolla en ella bajo la noción de "personalidad", es decir, bajo la base que lo esencial en la persona es la facultad de adquirir derechos y obligaciones y en todo caso ligada a sus relaciones con la familia o el patrimonio. Pero se trata siempre más bien de una abstracción. De la persona humana misma no se trata allí y ha sido el desarrollo de la protección de la persona en los textos constitucionales y los tratados internacionales lo que ha llevado a la preocupación civilista por ella, con el desenvolvimiento de los atributos no clásicos o derechos de la personalidad.²⁵

²³ Sobre "nuisances" en Francia, F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981; A. Robert, *Les relations de voisinage*, París, 1991; M.F. Nicolas, *La protection du voisinage*, Rev. Tri. Dr. Civ. 1976, págs. 675 y sgtes.

²⁴ W. Prosser, *Private Action for Public Nuisance*, 52, Va. L. Rev. (1966) 997; Harper, James y Gray, *The Law of Tort*, t.I págs. 76 y sgtes. 2ª edic., Boston, 1986.

²⁵ Para probar lo que se dice en el texto, bastará leer las obras clásicas entre nosotros que tratan del derecho de las personas y los contenidos de los programas de enseñanza. En ellos aparece que la noción de persona se desarrolla en torno a los atributos de la personalidad; pero por tales se consideran sólo la nacionalidad, el domicilio, el nombre, el estado civil y el patrimonio. La capacidad de goce se define de tal modo que es casi sinónima de la noción de personalidad. Pero no figuran allí el derecho a la vida misma, a la integridad física y psíquica de la persona, la consideración al cuerpo humano, el derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la propia imagen, ni la vida de relación, o el derecho de la persona al desarrollo de un proyecto de vida ni a todo aquello que es esencial al ser humano considerado en su valor como tal y no en sus relaciones. El aporte del derecho público a ese respecto es esencial. Vid. R. Domínguez A., *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil*, en Rev. de Der. y Jurisp, primera parte, T. 93.

Gracias a esa preocupación por la persona concreta, el daño moral ha evolucionado en su concepción desde la consideración de los solos sufrimientos o molestias y de su confusión con el *pretium doloris*, aún común entre nosotros, hasta la idea de comprender en él todo atentado a los intereses no económicos de la persona y los derechos de la personalidad. No es esta la oportunidad de internarnos en la noción de daño moral y su teoría. Sobre el punto, bastará remitir a una obra reciente de la profesora Carmen Domínguez Hidalgo.²⁶

Pero sí cabe recordar que la noción de daño moral cubre hoy en día un amplio ámbito de intereses, situaciones y derechos de la persona y no se agota con la sola reparación del "dolor, sufrimiento y molestias", o con el hecho de haber sido "emocionalmente impactado", ni con la circunstancia que el hecho haya herido a la persona "en sus propios sentimientos o afectos", frases comunes en nuestras sentencias y que revelan una concepción limitada y aún imperfecta del daño no patrimonial, según veremos. El derecho comparado ofrece una variedad de intereses no económicos que resultan amparados por la noción de daño moral.

Así, todo atentado o limitación a las formas de vida de la persona, en sus agrados, en los placeres normales que la vida proporciona, es una variedad de daño moral que se distingue del mero sufrimiento que una lesión puede causar. Es el *loss of enjoyment of life* del derecho norteamericano o el *préjudice d'agrément* del derecho francés, o el perjuicio de pérdida del agrado de la vida en la doctrina española o argentina, que ha recogido esa idea.²⁷

3.2.1. Las lesiones a los derechos de la personalidad reciben amplia reparación y aun más, reconocimiento por la vía del daño moral. De ellos, el derecho al honor requiere de una particular mención, porque en la práctica de nuestros tribunales el art. 2331 del C. Civil es aún invocado como limitación a la reparación de ese daño. Es verdad que numerosas sentencias, ante lo absurdo que resulta en la hora actual pretender que existan trabas para reparar civilmente uno de los mayores atributos de la persona, que recibe incluso la calidad de garantía constitucional (art. 19 N° 4 Constitución Política), busca interpretar la regla restrictivamente.²⁸ Se olvida, sin embargo, que el razonamiento interpretativo de nuestros días debe hacerse conforme a la Constitución.²⁹ Si ésta reconoce el derecho a la honra

²⁶ Carmen Aída Domínguez Hidalgo, *El Daño Moral*, 2 tomos, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 2000.

²⁷ Sobre ello, R. Domínguez A., *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil*, págs. 159 y 161.

²⁸ Es el caso de la sentencia de la Excma. Corte de 2 de abril de 1996, Rev. de Der. y Jurisp. t. 93, sec. 4º, pág. 77; pero otras veces se le invoca para rechazar una reparación, como en sentencia de C. Suprema, 16 diciembre 1996, Rev. de Der. y Jurisp. t. 93, sec. 1º, pág. 168.

²⁹ Nos remitimos a nuestro artículo *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil*, N° 3.1, en Rev. de Der y Jurisp., T. 93, primera parte, págs. 107 y sgtes., y la bibliografía allí referida.

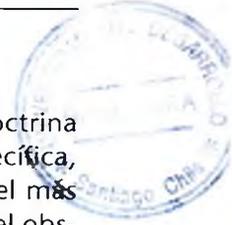
como una garantía constitucional, es evidente que no puede subsistir una regla de inferior jerarquía y anterior a la Constitución que limite la reparación del daño moral que causan expresiones injuriosas o lesivas del honor. Nos basta recordar que la Ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad, contiene regla diversa al art. 2331 referido (art. 31). Más allá, debe tenerse en cuenta que, como lo ha reconocido la propia Corte Suprema, hoy en día por medio del reconocimiento de algunas garantías constitucionales, especialmente las del art. 19 N° 1 y 4, la reparación del daño moral es un principio constitucional. Si esa ha sido la doctrina para eliminar todo obstáculo a la reparación del daño moral contractual, no se ve la razón para que ella no rija también frente al art. 2331, que o bien ha de considerarse derogado por la regla superior constitucional, o bien ha de interpretarse como reconociendo en el caso de atentados al honor el derecho a perjuicios patrimoniales, si se les prueba, sin por ello impedir la reparación del daño moral, como ya lo ha dicho alguna sentencia.³⁰

Incluso, y más allá del daño al honor, aunque a veces en relación con él, el nombre de la persona puede recibir protección por medio de la indemnización del daño moral, cuando se trata del uso indebido del nombre ajeno y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que pueda tener. El art. 1° de la Ley N° 17.344 establece el derecho a usar el nombre, y por lo mismo su carácter personal, de lo que se derivará la acción para impedir el uso del nombre propio por otro sin autorización, principio que se deduce también del art. 20 letra c) de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial. De este modo, deberemos considerar que el solo uso del nombre ajeno es ilícito y por ende da lugar a reparación más allá del establecimiento de culpa en el hecho. Por algo es un atributo de la persona y todo atentado a él es un daño, porque implica una limitación a uno de los elementos de la concepción integral de la persona.

3.2.2. En relación a las garantías constitucionales, ha de mencionarse también el derecho a la intimidad y, en relación a él, el derecho a la propia imagen, un tiempo desconocido por la jurisprudencia nacional; pero que hoy no cabe discutir y al que hay que aplicar también lo que se acaba de señalar con respecto al nombre. El solo uso de la imagen ajena, sin su autorización, es un daño que debe repararse y con independencia de si en ello hubo o no culpa, porque ésta queda demostrada con el hecho mismo de utilizar la imagen ajena, aunque pudiera pretenderse que se ha captado en un lugar público.

3.2.3. Otro ámbito preferencial del daño moral en la actualidad es la reparación del daño estético, y más ampliamente, del daño corporal y el daño

³⁰ C. Suprema, 2 de abril de 1996, citada.



a la salud, así como el perjuicio sexual. Tanto así, que en alguna doctrina comparada se tiende a separar este daño como una categoría específica, diversa al moral y al patrimonial. El caso de la doctrina italiana es el más notorio, tal vez porque de ese modo se puede sortear sin dificultad el obstáculo que pone el art. 2059 del Código Civil italiano a la reparación amplia del daño moral.³¹

Anotemos que las consecuencias patrimoniales del daño corporal han sido desde siempre reparadas entre nosotros. Pero aquí se trata del daño corporal en sí mismo, teniendo en cuenta que toda lesión, mutilación, enfermedad, implica atentar en contra del soporte corporal de la persona, es decir, en contra de su vida y su integridad, que la Constitución considera como la primera de las garantías (art. 19 N° 1). La dignidad del cuerpo humano ha sido desde siempre reconocida en todas las culturas. San Pablo, cuando quiere resaltar la indivisibilidad de la Iglesia y de sus miembros, pone como símil justamente la integridad del cuerpo humano. Pero no es común que las sentencias de nuestros tribunales, cuando tratan de la reparación del daño moral, se refieran específicamente a este daño, independientemente del dolor o aflicción que provocan lesiones o enfermedades, y debería considerarse que, más allá del dolor, la pérdida de la integridad del cuerpo es en sí misma un daño diverso que requiere de especial reparación, por las evidentes limitaciones que acarrea en la vida y en la estabilidad psíquica de la persona.

Dentro de esa categoría de daño, debe también insistirse en la especificidad del daño estético, como lo recomienda a los países miembros, la Resolución 75-1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (art.11), porque tiene particulares consecuencias psíquicas en quien lo sufre.

3.2.4. Es imposible abarcar en estas líneas la complejidad considerable de la actual teoría del daño moral y sólo hemos querido indicar algunos ejemplos que revelan la insuficiencia de la doctrina jurisprudencial chilena y sus enormes limitaciones. Pero se han hecho avances. El caso más evidente es la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual, cuestión que, como se sabe, fuera discutida en la doctrina y frecuentemente negada en la jurisprudencia, incluso reciente; pero que hoy, según entendemos, después de algunas importantes sentencias de la Corte Suprema, que invocan el asiento constitucional de la reparación del daño moral y otras argumentaciones de texto, han terminado definitivamente con el debate.

³¹ La bibliografía italiana sobre este daño es copiosa. Sólo a vía de ejemplo, Alpa, *Il danno biologico. Percorso di una idea*, Padova 1987; G. Giannini, *Il danno a la persona come danno biologico*, Milán, 1986. Pero también este daño recibe particular atención en Francia, donde la obra esencial es la de M. Yvonne Lambert-Faivre, citada. En España y Argentina también hay numerosas obras y artículos dedicados a él.

La cuestión ha sido analizada recientemente y por ello no volveremos sobre el punto, aunque debe destacarse.³² Con todo habrá de advertirse que esa admisibilidad no significa entender que toda infracción contractual, por sí sola, genera daño moral. Es evidente que el incumplimiento de un contrato siempre ocasiona molestias y desagradados. Pero ellos no han de confundirse con un daño moral, en la medida en que son propios de todo incumplimiento de índole patrimonial y no significan un particular y diverso atentado a algún derecho fundamental de la persona. El daño moral contractual se origina sólo si, al tiempo de la celebración del contrato es previsible que su infracción origine tales infracciones a la persona por la naturaleza misma del contrato, su objeto, contenido y fines perseguidos por las partes o por una de ellas con conocimiento de la otra.

3.2.5. Pero la doctrina del daño moral no se agota con la extensión que ha adquirido. Dos otras cuestiones son importantes de mencionar por razones prácticas. Por una parte, la determinación del carácter subjetivo u objetivo de esta especie de daño, y por otra su evaluación.

En cuanto a lo primero, si se considera que el daño moral requiere de una conciencia de pérdida que la víctima experimenta, se estará frente a una concepción subjetiva. Para quienes así lo entienden, el daño moral está en relación con el dolor o pérdida experimentado, con la posibilidad de entender y sufrir las limitaciones que significa, sea una lesión, una pérdida de goce de la vida, una deshonra. Es por ello que se ha pretendido, dentro de esta noción, que las personas jurídicas no pueden ser víctimas de daños morales y más de alguna sentencia así lo ha resuelto.

Pero esa concepción tiene como resultado lógico impedir que una persona imposibilitada de sentir reciba reparación. Es el caso de quienes, a consecuencia de un accidente quedan en estado vegetativo o de un niño de pocos meses. ¿Cómo justificar entonces la reparación del daño moral? Esas dos hipótesis llevan a concluir que el daño moral debe concebirse objetivamente. Se trata de un daño a la persona valor en sí misma, con independencia de lo que ella pueda sentir. La integridad del ser humano, su vida, su estabilidad psíquica, se protege porque es un valor para toda la sociedad y no porque sea una pertenencia propia sólo de una u otra persona. Volvemos así a la idea que San Pablo expresaba sobre el cuerpo humano y a que hemos aludido. Una importante sentencia de la Corte

³² Además de la obra de la profesora Carmen Domínguez Hidalgo ya citada, véase nuestro comentario a las sentencias de la Corte Suprema de 20 de octubre de 1994, con Ramón Domínguez Benavente, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 196 (1994) págs. 155 y sgtes; y C. de Santiago de 8 de septiembre de 1992, misma revista, N° 193 (1993), págs. 159 y sgtes.

Suprema se ha inclinado, tal vez sin que sus redactores hayan pretendido formular una teoría del daño moral, por una concepción objetiva, en una situación que les pareció obvia.³³

Es esa concepción objetiva la que permite también salvar el obstáculo puesto a la reparación del daño moral a la persona jurídica. Si es evidente que una abstracción no puede sentir, cosa que no requiere de demostración, la realidad de la persona jurídica, manifestación del derecho a organizarse de las personas (art.19 N° 15 de la Constitución), implica que tenga atributos independientes de los de sus miembros. Es claro que no todo tipo de daño moral le es aplicable. Pero sí algunos, y entre ellos pueden recibir reparación los atentados a su prestigio y a su privacidad. No nos parece convincente sostener, como a veces se ha dicho, que la garantía constitucional del derecho a la honra y a la vida privada sea sólo aplicable a las personas naturales, invocándose para ello el viejo argumento de la redacción de la norma, sin acudirse a la de los principios constitucionales que fundan la regla y a la concordancia del ordenamiento. Pero aun sin el argumento constitucional, desde el momento que se reconoce la existencia de la persona jurídica, su acción ha de ser protegida contra atentados de terceros, y de allí que más de alguna sentencia ha reconocido el derecho a la reparación del daño moral contra el prestigio de ella.³⁴ Será posible sostener tal vez que para algunas personas jurídicas el atentado a su prestigio tiene carácter patrimonial, porque se traduce en afectar a sus negocios; pero esa argumentación es sólo posible para las que persiguen fin de lucro. Una universidad, por ejemplo, puede ser gravemente afectada por la imputación de acciones delictuales por parte de sus órganos y ello es más evidente para una iglesia y para otras corporaciones. Y no vemos la razón para no aplicar las mismas ideas a órganos del Estado o servicios públicos que son emanación de la personalidad de aquél cuando por particulares se afecta su integridad en el accionar.

En lo que concierne a la evaluación del daño moral, las dificultades son considerables, porque como en este caso la suma mandada pagar por el juez no tiene un fin indemnizatorio propiamente tal, sino meramente compensatorio, ante la imposibilidad de restituir el interés afectado, no es posible medir el quantum de la indemnización por relación al monto del daño sufrido. Si para el daño patrimonial la medida económica de la indemnización resulta relativamente fácil de medir por el valor de mercado que tiene el interés afectado y al tiempo en que el daño se causa, la consecuencia de la reparación integral del daño no puede regir de ese modo

³³ C. Suprema, 11 abril 1995, F. M. 437, pág. 210. Véase nuestro comentario a ella en Rev. de Der. U. de Concepción, N° 198 (1195), pág. 196.

³⁴ Por ej., en ese mismo sentido, F. Fueyo, ob. cit., pág. 119.

para el daño moral. De allí que haya quienes, como el recordado profesor Fernando Fueyo, sostienen que ésta es una cuestión que debe quedar entregada a la prudencia del juez.³⁵

Mas el criterio de la prudencia del juez equivale, en definitiva, a señalar que no existe criterio alguno en esta materia y que, no siendo posible establecerlo, el juez verá en cada caso lo que estima prudente como compensación. Esa ha sido la posición constante de la jurisprudencia nacional, que se niega a expresar sobre qué bases y con qué criterio se fija una cierta indemnización, de lo que resultan las más diversas reparaciones para situaciones semejantes, sin mayor explicación. Basta recorrer las revistas jurídicas para verificar las sumas tan diversas que se manda pagar por la muerte de una persona. Y como la dignidad del ser humano es propia a su naturaleza y no a su posición social o económica, no parece posible aceptar esas enormes diferencias.

La búsqueda de criterios equitativos y que tengan un carácter objetivo para esta cuestión, es constante en el derecho comparado, a veces con resultados absurdos, como ha ocurrido en algún tiempo en Estados Unidos con la doctrina *per diem* para la medición del dolor, pretendiéndose atribuir, en caso de lesiones, por ejemplo, una suma por día de sufrimiento.³⁶ En otros países se ha adoptado el criterio de dar la mayor publicidad posible entre los jueces y el ambiente judicial a las sentencias que fijan sumas reparatorias, para que así se vayan formando, poco a poco, criterios comunes. Pero ha sido la idea de fijar baremos o tasas preestablecidas al daño moral, la que ha atraído especial atención y ha generado amplio debate.

En Argentina, a propósito del proyecto de nuevo Código Civil, la cuestión ha sido arduamente debatida. La propuesta adopta el criterio de limitar cuantitativamente la indemnización de los daños morales cuando se trata de responsabilidades objetivas, siguiendo el criterio del profesor Atilio Aníbal Alterini.³⁷ La limitación en algunos casos es de hasta trescientos mil pesos argentinos (US\$ 300.000) por cada damnificado directo en las hipótesis de daños causados por cosas riesgosas, residuos industriales y radiactivos y actividades peligrosas; pero cesa la limitación si el demandado actuó sin diligencia o si razonablemente debió haber asegurado el riesgo y no lo hizo (art. 1634).

³⁵ F. Fueyo, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, págs. 109 y 110, Santiago, 1990.

³⁶ Sobre ello, véase nuestro artículo *Consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil*, citado.

³⁷ A. Alterini, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, pág. 116, Buenos Aires, 1997. Esa proposición es apoyada por varios autores argentinos, entre ellos el profesor M. López Cabana, *Limitaciones Cualitativas y Cuantitativas de la Indemnización*, comunicación a Seminario sobre responsabilidad civil, organizado por el CNR y la Universidad Tor Vergata de Roma, en publicación.

Las propuestas para someter a baremos el daño moral son ampliamente discutidas y en muchos casos de dudosa constitucionalidad, como lo hemos destacado en otra oportunidad,³⁸ y hay una notoria resistencia a su admisión por un sector doctrinario.³⁹ Pero es lo cierto que difícilmente podrían funcionar sistemas de responsabilidad objetiva, y menos aún en base a seguros o fondos de reparación, sin una tasación de tales daños. Con todo, la admisión de esas tasas queda limitada a esos regímenes de responsabilidad y no a los de responsabilidad subjetiva. Además, en aquéllos queda siempre libre a la víctima el perseguir daños por sobre los baremos si prueba culpa o dolo del hechor.

Mayor acogida tiene en doctrina la formulación de algunos criterios a que ha de sujetarse el juez en la fijación de esos daños. Y esos criterios varían según el tipo de daño moral de que se trate. Pero al menos habrá de tenerse en cuenta la intensidad del dolor en algunos casos, la duración de los tratamientos en otro, el carácter permanente o transitorio de una lesión o afección, el modo en que resulta afectada la vida normal de la personal, la edad de la víctima, su profesión o actividad. Más discutidos son otros factores, como el del patrimonio del demandado, pues mientras para algunos jamás la indemnización debe llevar hasta arruinar al deudor, otros consideran que este factor no habrá de considerarse, desde que sólo el daño es la medida de la reparación. Se recordará que, en el primer sentido, el art. 1069 del Código Argentino, en la redacción que le diera la Ley N° 17.711, facultó a los jueces para "considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo", salvo dolo de su parte.⁴⁰

Lo cierto es que en esta materia es imposible fijar criterios objetivos y generales; pero al menos deberá tenderse a unificar los criterios jurisprudenciales para situaciones similares y entendemos que nada mejor para ello que una adecuada publicidad de todas las sentencias, y además la exigencia a los jueces para que fundamenten pormenorizadamente las sumas que atribuyen por daño moral, eliminándose el común sistema de fijar una cantidad para todos los daños posibles sin otra explicación.

³⁸ R. Domínguez A., *Reparación del Daño Moral por Despido Injustificado*, comentario a sentencia en Rev. Chilena de Derecho, vol. 25, 1998, págs. 431 y sgtes., esp. pág. 441.

³⁹ En España, por ej., F. Pantaleón Prieto, *Los Baremos Indemnizatorios en la Valoración de los Daños a las Personas*, en "Coloquios sobre la Responsabilidad del Automóvil", Bilbao, 1994; J.A. Xiol Ríos, *El Proyecto de Establecimiento de Criterios Tasados por la Fijación de la Responsabilidad Civil por Daños Corporales*. Ponencia al 2° Congreso Nacional sobre Valoración del Daño Corporal, Bilbao, 1993.

⁴⁰ Ya en las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Corrientes, 1965, se había recomendado que existiendo sólo culpa, el juez tuviera en cuenta la situación patrimonial de las partes, y en ello la doctrina argentina está de acuerdo. Por ej., H. Masnata, *Responsabilidad y Riqueza*, en J.A., 1954, t. 3, pág. 8, doct.; J. Llambias, *Estudio de la Reforma al Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969; G. A. Borda, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, 1971, pág. 229, etc.



Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?

Carmen Domínguez Hidalgo

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

1. Consideraciones generales

1.1. Importancia de la responsabilidad civil en el presente

Si existe una materia que ha sido objeto de cambios y que ha experimentado un sorprendente desarrollo en los últimos años en el derecho civil y porqué no decirlo, en el derecho en general, es la del Derecho de obligaciones y específicamente la de la responsabilidad civil, en términos tales que, en los sistemas jurídicos más desarrollados en el tema, la realidad codificada ha sido absolutamente sobrepasada por la existente en el terreno dogmático y jurisprudencial.

En efecto, aunque en la mayor parte de las legislaciones decimonónicas los preceptos resarcitorios contenidos en ellas permanecen incólumes, lo cierto es que la jurisprudencia, siguiendo las tendencias anunciadas por la doctrina de cada país, ha ido paulatinamente enriqueciéndolos e incluso modificándolos substancialmente. Todo ese conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales constituye lo que hoy conocemos como "Teoría de la Responsabilidad Civil" y que, en otros países constituye en el presente una de las materias más importantes del derecho civil. Más aún, bien puede decirse que, por ejemplo en Europa o en el Common Law, éste es el gran tema de estudio, hasta tal punto que, como ya resaltaba **Carbonnier**, con el derecho de daños ha surgido "un nuevo género literario". Afirmación que, en el fondo, no hace sino recoger la idea resaltada por **Josserand** en 1936 de que "la responsabilidad civil es la gran vedette del derecho civil mundial; se encuentra solicitada por doquier".

Esa enorme trascendencia adquirida por la responsabilidad encuentra su origen en múltiple factores. Por lo pronto, en la mayor exposición a los riesgos que la vida moderna supone para el hombre, generando diariamente miles de accidentes y, por consiguiente, de daños y perjuicios. Como ha resaltado **López Jacoiste**: "La vida de relación desarrollada al margen de todo vínculo contractual suscita colisiones de actividades, de conductas, de decisiones y de intereses. Son colisiones frecuentemente lesivas

para alguna o algunas personas. El “periculum” en las sociedades contemporáneas incrementa sus repercusiones al hacerse más tupido y complejo el cúmulo de la vinculación recíproca; actúa como razón indiciaria de las cautelas adecuadas a cada circunstancia, y de ese modo remodela de continuo los criterios de distribución de los riesgos que gravitan sobre personas y cosas”.¹

Lo anterior ha determinado, como es ostensible en la mayor parte de los países industrializados, un notorio aumento del número de accidentes que se producen cada día.²

A esa multiplicación de los riesgos, evocadora por sí sola de la entidad del problema que pretende abordar la responsabilidad, debe agregarse la conciencia que en tales países existe en la mayor parte de la población de que los daños que sufren deben ser objeto de una reparación. En otros términos, que poseen el derecho a ser resarcidos íntegramente de los perjuicios que se les causan.

Es así como en esos mismos sistemas puede constatarse un aumento creciente tanto de las demandas indemnizatorias como del monto de las sentencias condenatorias a tal título, claramente impresionantes para el mundo jurídico de nuestro país, acostumbrado a sumas notoriamente inferiores. Ciertamente es que esta tendencia se ha prestado para abusos y ha permitido conceder indemnizaciones cuantiosísimas en hipótesis extremas que incluso parecen irrisorias –generalmente pertenecientes a la realidad norteamericana–, no obstante, al margen de ello, lo cierto es que sólo han sido posibles porque existe realmente un principio de protección a la víctima que, como todo principio, puede prestarse a arbitrariedades, pero que supone en otros miles de casos una solución de justicia.

A los dos factores antes reseñados se une como explicación al protagonismo alcanzado por la responsabilidad civil y, siguiendo también a **López Jacoiste**, en que ella ha pasado a ser una garantía genérica de “plenitud personal”, en cuanto la acción de responsabilidad civil es la única que concede a la persona una protección amplia, pues no exige otra condición en ella que no sea la de ser perjudicado por el acto dañoso. En otros términos, la con-

¹ López Jacoiste. *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994, pág.29.

² Como resalta Tunc, en USA 105.000 personas mueren anualmente por esta causa y más de 50.000.000 resultan anualmente lesionadas. De entre ellas, más de 11.000.000 resultan con incapacidades temporales. El costo total que todos estos accidentes supone para ese país ha aumentado de 30 millares de dólares en 1975 a 62 millares en 1978. Vid. Tunc, *La responsabilité civile*, París, 1989, pág.1.

dición de perjudicado contra ius legitima el ejercicio de las acciones reparatorias en que se traduce la responsabilidad. "Implica ésta, por lo mismo, una garantía genérica que no se identifica con la protección que proporcionan las acciones específicas y típicas, cual ocurre, por ejemplo, con la reivindicatoria que pueda asistir al titular del dominio. La esfera de la personalidad cuenta así con una órbita o halo de salvaguardia que despliega eficacia defensiva, ya sea además o en defecto de cualquier otro cauce o acción protectora del interés material o moral que haya sido conculcado".³

Precisamente ésa ha sido una de las consecuencias de la recepción constitucional de la tutela personal como primer principio rector del ordenamiento jurídico –proclamado por todos los textos modernos vigentes en el Occidente– y que ha determinado que toda la interpretación del resto del derecho que le está jerárquicamente subordinado deba ser orientada por ese valor. Como hemos resaltado, si ello no se ha efectuado formalmente o directamente sino desde hace unos años en los países más avanzados en esta materia dentro de lo que se conoce como el fenómeno de la "constitucionalización del derecho civil", indirectamente esa transformación del derecho en general había y ha generado desde fines del siglo pasado una transformación del derecho civil en particular. Dentro de éste, del derecho de las obligaciones y de contratos en general y, muy especialmente, de la responsabilidad civil.⁴

1.2. Falta de recepción de esta tendencia en Chile

Ahora bien, imposible es desconocer que esta tendencia no ha sido recepcionada en nuestro país con la intensidad que alcanzado en otros sistemas, según venimos de resaltar, aspecto que resulta doblemente curioso. En efecto, porque, por un lado, la multiplicación de los riesgos como consecuencia del maquinismo y la industrialización no es un fenómeno desconocido entre nosotros. El chileno también ha visto incorporada a su vida diaria una serie de actividades que entrañan claramente un aumento de sus situaciones de riesgo, tales como el empleo cotidiano de medios de transporte; exposición continua a deterioros del medio ambiente, accidentes de tráfico con resultado de lesiones, etc. Por otro lado, porque su desarrollo económico es semejante al de otros países, como Argentina, que, en cambio, sí han asistido a una sorprendente evolución en esta materia, prácticamente a la par que sus símiles europeos.

³ López Jacoiste, op cit., pág. 19.

⁴ En tal sentido, Domínguez Hidalgo, *Aspectos modernos de la reparación por daño moral: contraste entre el derecho chileno y el derecho comparado*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte Sede Coquimbo, año 6, 1996, pág. 31.

El resultado de nuestro retraso en esta evolución se traduce en una inadecuación de los principios y criterios que rigen la responsabilidad civil, que siguen fieles a las clásicas interpretaciones propuestas a los códigos decimonónicos, por ejemplo, en Francia o España, completamente abandonadas en esos mismos sistemas.

De aquí que parezca absolutamente pertinente, más aún, imprescindible, una revisión de esos principios. No podemos permanecer aislados, repitiendo tesis que en otros países causarían, por decir lo menos, sorpresa ante cualquier abogado o magistrado. Pero por sobre todo, resulta urgente que, como operadores del derecho, adquiramos una rítida conciencia de la protección que en el presente debe otorgarse a la persona, al sujeto de derecho, que constituye, por antonomasia, el objeto de preocupación del derecho y, por lo mismo, del derecho civil. Parte de esta tutela supone un indiscutible reconocimiento del principio de reparación integral del daño ocasionado a toda víctima, sin distinción.

Revisaremos a continuación, en apretada síntesis, como es lógico, algunos de los aspectos que han marcado y marcan la evolución de la responsabilidad civil en los sistemas jurídicos más avanzados en la materia, de manera a ilustrar y demostrar, por vía comparativa, el estado en el cual se encuentra nuestro sistema. Por otra parte, como es evidente que algunas de esas modernas tendencias han sido recepcionadas en algunas áreas en Chile, haremos alusión directa a ellas cuando sea pertinente.

2. Transformaciones experimentadas por la responsabilidad civil

Toda la evolución experimentada por la responsabilidad civil recién resalta ha llegado a transformarla por completo, en términos tales que, al menos en algunos aspectos, no tiene ninguna relación con los presupuestos establecidos en la legislación codificada en la materia. De ellos destacaremos los más esenciales.

2.1. Transformación de su estructura

La primera gran transformación ha afectado la estructura básica que ésta tradicionalmente tenía. Así, de una marcadamente individualista, que consideraba la responsabilidad como una relación única y exclusiva entre el autor del daño y la víctima, se ha pasado a una idea de responsabilidad que afecta más bien a los sectores, grupos o género de actividades a los que tales personas pertenecen. Los factores que han determinado esta nueva concepción son variados, aunque todos motivados por los cambios experimentados por la actividad económica a través del tiempo.

En tal sentido, en la época en que fueron dictadas la mayoría de las legislaciones decimonónicas, las relaciones de orden económico se daban fundamentalmente entre individuos, esto es, entre pequeños comerciantes o artesanos, propietarios de sus negocios y únicos actores de ellos. Por ello, en caso de producirse un daño, la responsabilidad eventual que podía desencadenarse implicaba sólo a los partícipes de ella. Lo mismo ocurría en general para todas las relaciones de derecho privado.

Como ha destacado Viney, sin lugar a dudas una de las lúcidas exponentes de esta materia en el mundo, "los presupuestos ideológicos propios de la etapa codificadora proporcionaron una estructuración del sistema de responsabilidad marcadamente individualista. Se estaba ante un determinado modo de ser de las relaciones económico-sociales: se había producido ya la revolución industrial, pero sus efectos aún no se habían dejado sentir en profundidad. No había aparecido la gran empresa. Ferias y mercados constituían el único punto de encuentro, sin intermediarios, entre fabricantes y consumidores, partes a su vez de un simplísimo contrato de compraventa. La actividad económica tenía un carácter casi exclusivamente agrícola, ganadero y artesanal. Los canales de distribución y publicidad eran escasos, por innecesarios en una economía cuasi gremial. Predominaba el transporte por tracción animal, y el tráfico aéreo era aún materia de ciencia ficción".⁵

Hoy, en cambio, las actividades económicas comprometen a grupos o entidades colectivas de naturaleza jurídica muy diversa. Algunos están dotados de personalidad jurídica, como las sociedades, sindicatos u otros, y, por tanto, dotadas de una cierta permanencia; en cambio, otras corresponden a formas de colaboración entre individuos más transitorias, como equipos médicos o de investigación. Todo ello ha llevado a que sea cada vez más difícil individualizar al responsable de entre todos los partícipes de una determinada actividad y ha conducido a repartir la responsabilidad entre ellos de manera de asegurar a la víctima una reparación que de otro modo sería difícil de obtener.

En efecto, la industrialización creciente en el mundo ha multiplicado las actividades riesgosas a que se puede ver expuesto el individuo en general y, por tanto, a una proliferación de los daños. Basta para demostrarlo con evocar los cientos de maquinarias, inventos y aparatos que el progreso ha incorporado a nuestras vidas y que suponen un claro aumento de los riesgos y peligros a que nos vemos expuestos diariamente: un sinnúmero de medios de transportes, que no dependen sólo del control humano, tales

⁵ Viney, *La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, dir. par. J. Ghestin, t. IV, Paris, 1982, pág. 257.

como aviones, buses, vehículos, trenes, telesillas, teleféricos, etc; industrias que contaminan nuestras aguas o nuestras ciudades; productos envasados que causan daños serios a nuestra salud; plantas nucleares que suponen un constante riesgo para sus vecinos.

Fácil es entender a partir de estos ejemplos que la indemnización civil se haya transformado en un imperativo social.

2.2. Transformación de su fundamento

Por otro lado, es evidente que, atendida la entidad de los nuevos daños, las indemnizaciones en muchos casos no pueden ser afrontadas por patrimonio alguno, por lo que paulatinamente se ha ido admitiendo la contratación de seguros de responsabilidad que garanticen que siempre habrá un patrimonio para responder del daño.

Con ello, la responsabilidad civil, que en un principio fue concebida como una forma de moralizar las conductas de los hombres por la vía del reproche dirigido a aquel que había infringido las normas sociales, ha pasado a tener un carácter esencialmente reparatorio. Como lo expresan la mayoría de los autores, del principio recogido en todos los códigos decimonónicos –siguiendo al de Napoleón– de que “no hay responsabilidad sin culpa”, se ha llegado al de que “todo daño debe ser indemnizado”.

En efecto, las normas tradicionales de responsabilidad establecían como un requisito fundamental la existencia de culpa en el autor del daño, pues éste sólo debía responder en la medida que hubiese incumplido los deberes que tenía para con la víctima. No se debe olvidar que en los redactores de dichos Códigos (fundamentalmente del francés) estaba presente la idea religiosa de pecado, que sugería que la obligación de reparar o resarcir surgía como consecuencia de haberse realizado una actividad reprochable.

Más tarde, con la proliferación de daños de las más diversas entidades, resultó cada vez más evidente la necesidad de conceder a las víctimas reparaciones a ellos. Como la exigencia de culpa suponía un grave obstáculo a tales indemnizaciones, se fue progresivamente disminuyendo su importancia en la configuración de la responsabilidad, en el fenómeno que se conoce como de la objetivación de la responsabilidad. Con ello se fue abandonando la finalidad moralizadora que originalmente se les había fijado a las normas de responsabilidad.

2.3. La responsabilidad por culpa

2.3.1. Origen histórico.

Ninguna duda cabe, ni en Chile ni en los demás sistemas jurídicos de codificación decimonónica, que a la pregunta de: ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad civil regulada en esos cuerpos legales? debe responderse que la culpa, o en su caso el dolo, esto es, un comportamiento subjetivo determinado del ofensor.

En tal sentido, la doctrina general –y es así como se enseña hasta hoy en la cátedra chilena–, sostiene que el fundamento de la responsabilidad civil es la culpa o el dolo, dejando de lado, claro está, las hipótesis de responsabilidad objetiva, por lo demás escasas en nuestro sistema originalmente. Y la opinión entre nosotros no tiene nada de curioso pues es la tesis defendida por la máxima obra existente en esta materia.

Así, puede leerse en **Alessandri** lo siguiente: “La responsabilidad subjetiva, la responsabilidad *a base de culpa*, que es la de nuestro Código Civil, constituye la doctrina clásica o tradicional en materia de responsabilidad. Es también la que establecen casi todos los Códigos vigentes, inclusive los dictados en el presente siglo, y la que se adopta en el proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y de Contratos. Pero no es posible desconocer que la responsabilidad objetiva ha ganado terreno de día en día, tanto en legislación como en jurisprudencia”.⁶

Según la afirmación tradicionalmente repetida, la responsabilidad nace de la culpa en que ha incurrido el autor del daño. Y ciertamente así lo era a la época de dictación del Código, constituyendo, por lo demás, la concepción mayoritariamente aceptada en el derecho comparado. De ahí la opinión de **Alessandri** recién transcrita.

A. La culpa como elemento fundante de la responsabilidad civil a la época de dictación del Código Civil chileno.

En efecto, no debemos olvidar que nuestras reglas de responsabilidad extracontractual fueron tomadas esencialmente del derecho francés y español en su tradición antigua o vigente en Chile, en su caso, y no del derecho romano que, por un lado, desconocía un principio general de responsabilidad como nuestro actual artículo 2314 –este derecho perma-

⁶ Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago, 1943, pág. 93.

neció siempre fiel al método casuístico⁷ y, por otro, no reconoció sino muy tardíamente la noción de culpa. Como ha destacado **Viney**, los juristas romanos no se cuestionaron mayormente acerca del fundamento de la responsabilidad, porque la idea de culpa no existía, y cuando surgió en el Bajo-Imperio lo fue principalmente en materia contractual.⁸

El derecho antiguo, sin embargo, vendrá a alterar esta situación, pues, al influjo del cristianismo y, por ende, de los canonistas medievales, la noción de responsabilidad moral se incorporará al análisis jurídico. Sin embargo, como los autores de esa época querían permanecer fieles al derecho romano, que consideraban ejemplo de toda justicia, lo que harán será leer los antiguos principios romanos en lenguaje cristiano.

El ejemplo más claro de este tipo de razonamiento puede encontrarse en **Domat**, quien vendrá a exponer, en el siglo XVII, por primera vez en Francia, una teoría general de la responsabilidad civil, de gran trascendencia porque fue la que siguieron los redactores del Código Civil francés. Decimos por primera vez en Francia, porque en verdad ese principio ya había sido formulado antes por **Grotrius**, que lo había tomado de la Escuela de Salamanca. Por lo mismo, a nuestros efectos, el principio se vio enriquecido por partida doble.

Domat precisamente va a proponer el principio general de responsabilidad fundada en la culpa, "si se produce un daño como consecuencia imprevista de un hecho inocente sin que se pueda imputar culpa al autor de ese hecho, él no será obligado a responder"⁹ que todos los juristas de esa época se encargarán de reforzar en términos tales que pasará a ser la piedra angular del sistema de responsabilidad civil francés, como resalta la misma **Viney**.¹⁰

Ese principio pasará al Código civil de 1804 como uno más de los principios absolutos y de validez universal que los redactores de ese cuerpo legal querían codificar, como se desprende de los trabajos preparatorios,, y que **Domat** había calificado como "una de esas leyes inmutables y naturales que son esenciales al orden social".¹¹ Su consagración es patente en la regla del art. 1382: "Todo hecho del hombre que causa daño a otro obliga a aquel por cuya culpa se produjo a repararlo".

⁷ Resulta curioso observar precisamente que el método casuístico se mantuvo en el Common Law, perdiéndose en cambio en nuestra familia, que es considerada la natural heredera de los principios romanos.

⁸ **Viney**, *Introduction a la responsabilité civile*, en *Traité de Droit Civil*, dir. par J. Ghestin, Paris, 1995, pág.9.

⁹ **Domat**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, libro II, título VIII, sección IV. artículo 3.

¹⁰ **Viney**, op. cit., pág. 13.

¹¹ Citado en **Ranjard**, *La responsabilité civile dans Domat*, tesis, París, 1943, pág. 5.

Como lo puso en evidencia el tribunalado Tarrible, esta regla tenía la virtud de “dar una garantía a la conservación de las propiedades de todas las especies, y que es muy sabia. Cuando un daño es cometido por la culpa de alguien, si uno pone en la balanza el interés del desafortunado que lo sufre y el del hombre imprudente o culpable que lo causó, una voz repentina de justicia responde que ese daño debe ser reparado por su autor. Esta disposición comprende en su vasta latitud todas las especies de daños y los sujeta a una reparación uniforme que tiene por medida el valor del perjuicio sufrido. Desde el homicidio hasta la lesión más ligera..., todo está sometido a la misma ley: todo es declarado como susceptible de una apreciación que indemnizará a la persona lesionada de los daños sufridos, cualesquiera que sean”.

En síntesis, la exigencia de culpa como factor de atribución de la responsabilidad resultaba imprescindible, desde que sólo en virtud de ella, podía cumplirse con los fines que se entendía correspondían a la responsabilidad civil: a) castigar al personalmente responsable por haber infringido la regla máxima de convivencia social del *alterum non laedere* o *naeminem laedere*, esto es, el deber general de respeto a los demás, contenida en el art. 1382 del *Code*, en nuestros arts. 2314 y 2319 y en sus símiles en los demás Códigos de la época; b) reparar el daño causado a la víctima por esa violación, y c) prevenir la repetición futura de conductas dañosas mediante el desincentivo que la condena pecuniaria suponía para su autor.

2.3.2. Revisiones al fundamento clásico de la culpa

Desde 1880 en adelante, una vez producida la revolución industrial con todas sus secuelas, se va comenzar a poner a prueba el sistema de responsabilidad concebido en el Código ante la imposibilidad, en la mayor parte de los casos, de demostrar el origen exacto de un daño y, con mayor razón, de acreditar la culpa. Es así como paulatinamente se comenzarán a introducir reformulaciones a la fórmula clásica, estimuladas por los siguientes hechos:

A) Extensión del seguro

La proliferación de los mecanismos de aseguramiento de responsabilidad civil, tanto individuales como colectivos, van a determinar su desarrollo. En efecto, proclamada la necesidad de reparar integralmente el daño causado, deviene indispensable encontrar un patrimonio que pueda responder por él. Si se hace recargar ese peso exclusivamente en el patrimonio del responsable –persona natural o particular– lo más probable es que, en la mayoría de los casos, la condena a indemnizar no quede sino como una bonita sentencia. Por lo mismo, se va a permitir la contratación de seguros

de responsabilidad, de manera de otorgar una garantía de que siempre habrá un patrimonio para responder del daño.

Es en esa perspectiva entonces que se ha justificado el seguro de responsabilidad civil. Más aún, como ha sido destacado por la doctrina más especializada en Francia, el seguro ha sido la causa esencial del prodigioso desarrollo que la responsabilidad civil ha experimentado allí desde 1880 en adelante.

En este sentido, es indudable que, cuando la víctima sabe que el autor del daño está garantizado por un seguro, no duda en demandarle la responsabilidad y reclamarle una indemnización que equivalga al valor real del perjuicio sufrido. Del mismo modo, es evidente, y así lo demuestra el estudio de las sentencias, que los tribunales son más proclives a efectuar una interpretación más libre de los requisitos de la responsabilidad y a evaluar los daños de manera que se indemnicen completamente los perjuicios sufridos por las víctimas si saben que "el responsable" ha tenido la precaución de tomar un seguro, en términos tales que, en definitiva, la condena que impone no tiene sino por efecto poner en uso esa garantía en favor del perjudicado.

En suma, por una parte, la toma de conciencia de la importancia y gravedad de los riesgos a los que se encuentra expuesto el hombre en la vida moderna ha desencadenado la evolución de la responsabilidad civil y, con ello, la necesidad de aseguramiento. Por otra parte, el perfeccionamiento de las técnicas de aseguramiento y el seguro en sí mismo ha favorecido la evolución de la responsabilidad en los términos que hemos referido, de suerte que cada una de éstas ha tenido un efecto estimulante sobre la otra.

Ahora bien, los efectos del seguro desencadenarán una transformación completa del sistema clásico de responsabilidad, pues, por una parte, debilitarán la culpa como elemento de la responsabilidad, desde que el desarrollo del seguro determinará el desarrollo y proliferación de las hipótesis de responsabilidad objetiva, aspecto sobre el cual ya volveremos.

Por otra parte, suprimirán la idea misma de un responsable, que será reemplazado por un asegurador, principalmente desde que se ha reconocido a la víctima una acción directa contra el asegurador, cuyos requisitos de interposición han sido atenuados al máximo, en términos tales que ni siquiera es necesario que haya sido establecida la responsabilidad del asegurado. Si la víctima opta por ejercer la acción contra el asegurado, ello supone poner en juego, en el fondo, la del asegurador, atendidas las cláusulas –presentes en todos los modernos seguros de responsabilidad civil– que impiden al asegurado reconocer su responsabilidad, transigir sin acuerdo de la aseguradora y que obligan a entregar la dirección del proceso al asegurador.

De este modo, la necesaria existencia de un responsable como condición de la responsabilidad ha pasado a ser una exigencia ficticia, pues, cuando existe seguro de por medio –regla general en los países industrializados–, toda la relación se lleva a cabo entre víctima y asegurador. Con ello la diferencia clásica entre seguros de responsabilidad individual y colectivos resulta casi inexistente, por la colectivización indirecta de los riesgos que genera el seguro individual frente a la socialización directa de los seguros sociales.

B) Principio fundamental: reparación integral del daño.

Un segundo aspecto que determinará el abandono progresivo de la responsabilidad por culpa está constituido por el pleno reconocimiento del principio de reparación integral del daño, cuyo objetivo es conceder a la víctima una plena reparación del perjuicio sufrido, idea que suele sintetizarse en el principio de que “todo el daño y nada más que el daño” debe ser resarcido.

Al respecto, conviene resaltar que, aunque este principio rige tanto en la familia de origen romano-germánico como en el Common Law, está revestido de algunas peculiaridades en este último caso, pues la condena pecuniaria no cumple en esa familia jurídica un rol estricta y exclusivamente resarcitorio, como en sucede en Chile. Esto último, al menos formalmente que no en el fondo como resulta evidente de ciertas prácticas recurrentes en nuestros tribunales, por ejemplo, en materia de daño moral: recurso a criterios punitivos que determinan que la suma que se concede a la víctima todavía tiene un rol de sanción o castigo. Más evidente aún es la letra del art. 1.558 que ordena expresamente tener en cuenta la gravedad de la culpa para determinar la extensión del deber de indemnizar.

Con todo, al referirnos al Common Law queremos resaltar el hecho de que en esa familia la condena pecuniaria puede cumplir varios roles: reparatorio, punitivo y como reconocimiento de derechos infringidos a la víctima.

2.3.3. El proceso mismo de la objetivación.

De este modo, los factores que venimos de reseñar han incidido en una marcada objetivación de la responsabilidad, línea que es una constante de los últimos tiempos, ostensible en todos los sistemas más desarrollados en la materia, aunque producida de distintos modos, pero siempre estimulada por los mismos problemas. Entre ellos, desde luego, ocupa un sitial más que importante la dificultad para determinar al verdadero responsable del daño en una realidad marcada por la producción en masa, por las máquinas y el uso incesante de una energía antes desconocida.

Como bien es sabido, ello desencadenará –con el primer impulso que se debe a Saleilles y a Josserand– una revisión del sistema clásico de responsabilidad, cuyo primer impacto se presentará en el área del derecho laboral a través de una nueva regulación de los accidentes del trabajo¹² que llevará a un acabado sistema de seguros sociales y que, con el tiempo, determinará, por una parte, una proliferación de hipótesis legales de responsabilidad objetiva y, por otra, una revisión del concepto mismo de culpa por vía jurisprudencial.

De suerte, entonces, que los mecanismos de objetivación provendrán de dos vertientes, a saber de nuevas regulaciones legales y de reinterpretaciones jurisprudenciales.

A) Objetivación por vía legislativa:

El primer reconocimiento legislativo de la responsabilidad objetiva se presentará en el área del derecho laboral, que va a conducir a un sistema desarrollado de seguros sociales, según venimos de resaltar.

Más tarde abarcará actividades empresariales muy variadas, pero todas unidas por la traza común de constituir una fuente recurrente de riesgos y, por lo mismo, de daños de gran repercusión social y económica. Así ha sucedido en las siguientes áreas, en una enumeración que no pretende ser exhaustiva, sino meramente ejemplar.

Así, en el área de los transportes, pueden encontrarse numerosas hipótesis de responsabilidad objetiva, como la del que explota una aeronave por los daños causados al suelo, la de la responsabilidad del constructor y explotador de los teleféricos por todos los daños que la cabina causa a terceros, y la impuesta a todos los transportistas aéreos a título oneroso por los daños ocasionados a sus viajeros,¹³ responsabilidad que ha sido interpretada muy restrictivamente.

Así mismo sucede en el área de la producción y uso de la energía atómica, donde numerosas convenciones internacionales han desarrollado una responsabilidad objetiva destinada a cubrir todos los daños ocasionados por accidentes nucleares, con un tope máximo de indemnización.

Otra área de nítida objetivación puede encontrarse en el ámbito de los accidentes de tránsito mediante la incorporación de sistemas que se basan en la seguridad social abandonando la idea de responsabilidad civil.

¹² En Chile a través de la Ley N° 4055, de 1924.

¹³ Convención de Varsovia de 12 de oct. de 1929 con su ampliación de 1957.



Es así como la responsabilidad del propietario del vehículo a motor y, a través de él, del asegurador, es hoy casi mundial, como acontece en Francia¹⁴ o entre nosotros en virtud del art. 174 inciso segundo de la Ley de Tránsito.¹⁵ La evolución en esta materia puede explicarse desde que, advertido el hecho de que en esta área el objetivo de la condena pecuniaria es exclusivamente resarcitorio, puesto que la frecuencia de los accidentes de tránsito, absolutamente incontrolable, determina que ninguno de sus otros roles, en especial el preventivo, pueden alcanzarse, resulta entonces que la única vía de solución consiste en garantizar el acceso a la reparación por parte de las víctimas, lo que sólo se consigue mediante la incorporación de los seguros.

Igualmente debe ser resaltado todo el ámbito de la responsabilidad del fabricante por los defectos de seguridad del producto¹⁶ o el de las transfusiones sanguíneas, desde que se ha establecido la responsabilidad de los establecimientos que efectúan ese tipo de transfusiones por los riesgos en que incurren los donantes en los procedimientos destinados a extraerla.¹⁷

Incluso se ha llegado en todo este proceso a la objetivación de hipótesis antes impensables, como, por ejemplo, ha sucedido en Francia con la responsabilidad civil del enajenado mental o demente, según resulta del actual art. 489 inciso 2° del *Code*, que, después de su reforma de 3 de enero de 1968, dispone que: "El que ha causado daño a otro cuando se encontraba bajo una perturbación mental no queda relevado de su deber de indemnizar". La jurisprudencia sobre la base de ese artículo ha resuelto que "la ausencia de discernimiento no es un obstáculo a la responsabilidad que debe apreciarse de forma independiente a ese elemento, aunque esté basada en la culpa".

Por último, podrían agregarse en Chile dos casos de objetivación introducidos por la ley, como lo constituyen, por una parte, la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio consagrada en el art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁸ y, por otra, la responsabilidad civil de las Municipalidades. A su respecto debe resaltarse que pese a tratarse en ambos casos de responsabilidades habitualmente consideradas como propias del estudio del dere-

¹⁴ Ley de 5 de julio de 1985.

¹⁵ Así, lo ha destacado recientemente entre nosotros Zelaya, *La responsabilidad civil del empresario en el uso de vehículos de transporte (un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 93, N°1, 1996, págs. 1 y ss.

¹⁶ Establecida, por ejemplo, como un principio a consagrar por los Estados miembros de la Comunidad Europea en su Directiva de 25 de julio de 1985.

¹⁷ Así se ha consagrado en Francia, entre otros, a través del art. L. 668-10, Código de la Salud Pública.

¹⁸ Ley N° 18575 de 5 de diciembre de 1986.

cho público, es evidente que, atendidos tanto el hecho de que no existe entre nosotros jurisdicción administrativa como el que ese deber de responder ha de concretarse, en definitiva, a partir de la aplicación de los principios resarcitorios civiles, es que resulta siempre atinente a la responsabilidad civil en general. Ciertamente es además que, entre nosotros, es debatida cuál es la verdadera naturaleza que tiene la responsabilidad por falta de servicio. En tal sentido, conocida es la querrela que ha existido entre un sector de la doctrina encabezado muy señaladamente por Pierry,¹⁹ que entiende que no se trataría de una responsabilidad objetiva propiamente tal sino tan sólo de una "objetivización" de la responsabilidad directa de la Administración desde que, a diferencia de lo que acontece con la responsabilidad objetiva tal como se la entiende en el derecho civil, no bastaría para comprometer al Estado con la sola existencia de la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Sería también menester acreditar la "falta de servicio", esto es, probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, lo que implica, en el fondo, que la responsabilidad continúa siendo subjetiva.²⁰ Contra esta opinión se alza la opinión de algún civilista como López Santa María,²¹ o de profesores de Derecho Administrativo como Soto Kloss,²² entre otros, quienes categóricamente califican a la responsabilidad en cuestión como una objetiva, en cuanto para que ella se genere –en palabras de López Santa María– bastaría con la mera causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad y, por lo mismo, sería suficiente para que existiera obligación de indemnizar a las víctimas con que la acción u omisión de la Administración les haya ocasionado daños.²³ Con todo, pese a la existencia del debate, lo cierto es que la doctrina mayoritariamente se inclina por considerarla objetiva y, en lo que más interesa, por la misma senda se orienta la jurisprudencia. Allí está el conocido caso de "Tirado con Municipalidad de La Reina", que, con anterioridad a la dictación de la Ley de Bases, acogía esa tesis, luego repetida por numerosas sentencias, como ha resaltado, entre nosotros, el mismo López Santa María.

No se nos oculta, por tanto, que una interpretación como ésta última de la responsabilidad por falta de servicio supone un ámbito más que importante de objetivación de la responsabilidad.

¹⁹ Pierry, *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCII, N° 2, 1995, págs. 17 y ss..

²⁰ Pierry, op. cit., pág. 19.

²¹ López Santa María; *Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCIV, N° 1, 1997, págs. 31 y ss.

²² Soto Kloss sostiene tajantemente que la responsabilidad del Estado "al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir, atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla". Soto Kloss, *Derecho administrativo. Bases Fundamentales*, T. II, Santiago, págs. 309-310.

²³ López Santa María, op.cit., pág. 44.

B) Objetivación por vía jurisprudencial:

Por su parte, los tribunales de los países más desarrollados en la materia que nos ocupa, han sido proclives a efectuar una interpretación de las clásicas reglas contenidas en los Códigos de manera a entender que consagran, en múltiples casos, una responsabilidad de pleno derecho. Actitud que no tiene nada de extraño, pues una de las características más marcadas de la responsabilidad civil es su carácter eminentemente jurisprudencial.

En palabras de **López Jacoiste**, "el impulso dinámico asumido hoy por la responsabilidad extracontractual al abrir de continuo nuevos cauces de concreción jurídica es factor destacado de lo que ha venido en llamarse "lucha del derecho frente a la ley". Redunda en un prevalente significado de la jurisprudencia".²⁴

La elaboración jurisprudencial se ha producido a través de dos caminos:

B.1) Elaboración jurisprudencial de nuevas hipótesis de responsabilidad a través de una reinterpretación de normas clásicas contenidas en los Códigos decimonónicos.

El primero ha pasado por una reinterpretación jurisprudencial de las normas clásicas contenidas en los códigos decimonónicos para acoger nuevas hipótesis de responsabilidad objetiva, como puede observarse en los ejemplos que referiremos a continuación.

Así, ha sucedido con la evolución de la responsabilidad por los daños causados por el hecho de las cosas en aquellos países cuyas codificaciones contienen un principio general de responsabilidad en tal materia, tales como Francia (en su artículo 1384 inc.1° del Código Civil) o Italia (artículos 2050 y 2051 del Código Civil). En ellos, la jurisprudencia ha entendido que estaría contenida una presunción de pleno derecho en términos tales que, en el fondo, constituirían una gran regla general donde se incluyen todos los daños accidentales que no estén sometidos a una regulación especial. En aplicación de esta lectura es que se ha establecido la responsabilidad de pleno derecho del médico respecto del instrumental que utiliza (por ejemplo, por los daños ocasionados al paciente que se le cae de la camilla) o de los grandes almacenes respecto de los detectores de metales situados en sus entradas. Resaltemos sí que, siguiendo la opinión clásica entre nosotros de **Alessandri**, esta línea de evolución aparece como imposible en nuestro derecho desde que nuestro Código Civil, a diferencia del

²⁴ López Jacoiste, op. cit., pág. 15.

Code, no contiene una presunción general de responsabilidad por el hecho de las cosas, sino una regulación de ciertas y determinadas hipótesis en los artículos 2323 a 2328.

Un desarrollo semejante puede constatarse en la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes, que se ha entendido como un mecanismo de garantía que contrae el primero por los riesgos que crea, dejando de lado la concepción inicial que veía en ella una sanción para la falta de vigilancia. En otras palabras, *la culpa in vigilando o in eligendo* que constituía el fundamento original de esa presunción de responsabilidad por hecho ajeno, contenida en nuestro derecho en el artículo 2320 inc. 4°, ha sido progresivamente descartada ya por un sistema intermedio de objetivación, como el de la responsabilidad vicaria, ya por la teoría del riesgo de empresa, en conformidad a la cual la responsabilidad civil no sólo ha de cumplir una sanción para el culpable, sino un efectivo mecanismo de distribución del costo económico del daño entre el mayor número posible de sujetos. Ello determina que evidentemente deba responder el empresario por el daño causado, pues, por su posición, era quien se encontraba posibilitado para prevenir el riesgo y, una vez producido, para repartirlo. Esta evolución, como ha demostrado entre nosotros **Zelaya**, no es absolutamente ajena a nuestro sistema, en la medida en que un estudio de nuestra jurisprudencia más reciente en la materia permite también advertir una progresiva objetivación mediante variados expedientes. Como ha resaltado este autor, ante "la ausencia en el Código Civil de normas que contengan claros y actuales supuestos de responsabilidad estricta, nuestra jurisprudencia ha acudido a este supuesto de responsabilidad (consagrado en los arts. 2320 inc. 4° y 2322) como el medio más adecuado para hacer frente al creciente número y gravedad de los daños causados por la moderna actividad empresarial". Es así como puede observarse una paulatina objetivación de cada uno de los elementos básicos de ese supuesto de responsabilidad: a) de la naturaleza de la responsabilidad del empresario que, de entenderse como una culpa propia y personal, ha pasado a ser más estricta por efecto de interpretaciones que, sin dejar de proclamar la necesaria existencia de ese fundamento subjetivo, lo tornan más estricto. Esas interpretaciones consistirían en hacer más difícil el recurso a la prueba liberatoria del art. 2320 inc. final, en la recepción de la "culpa anónima", esto es, que no sea necesario para que el empresario resulte responsable el que deba identificarse al dependiente que específicamente causó el daño, entre otras; b) de la exigencia de una relación de dependencia o vínculo de subordinación entre empresario y dependiente, que de leerse estrictamente referida a la existencia de un contrato de trabajo, se ha ampliado hasta entender que se configura por todo vínculo de pertenencia a la organización empresarial del civilmente responsable, y c) de la limitación de la responsabilidad del empresario a los daños que su dependiente haya

causado en el ejercicio de sus funciones dentro de su jornada de trabajo, que ha sido extendida para incorporar los daños producidos “con ocasión” del ejercicio del encargo que le ha sido cometido o por el abuso de las facultades que le fueron concedidas para desempeñar sus funciones.²⁵

Una tercera demostración de esta línea de interpretación puede encontrarse en el reconocimiento de la célebre distinción propuesta por **Demogue** entre las obligaciones de medio –luego denominadas de actividad– en las que el deudor sólo se ha comprometido a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera, como sucede cuando un abogado asume la defensa de un cliente o el médico se compromete a sanar, y las obligaciones de resultado, en las que el deudor ha comprometido un resultado determinado y que, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, ha sido profusamente recepcionada en la jurisprudencia comparada, en especial en sistemas como el francés, español o italiano, sin que por ello deba creerse que se trata de una clasificación pacífica.

En el esquema tradicional de esta distinción, su principal utilidad se manifiesta en materia probatoria, desde que en las obligaciones de resultado al acreedor le basta con probar la no obtención del fin último exigible, lo que es fácilmente comprobable, para que ello evidencie el incumplimiento y dé lugar a la pretensión resarcitoria. El obligado sólo puede exonerarse probando una causa ajena (caso fortuito, intervención de un tercero, etc) sin que sea suficiente la prueba de ausencia de culpa. En la obligación de medios, en cambio, como el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, no importa que el paciente no sane o que el abogado pierda el pleito, pues el incumplimiento sólo se produce cuando no ha actuado diligentemente. Por lo mismo, y siguiendo a **Yzquierdo Tolzada**, a diferencia del caso anterior, donde el problema es de causalidad o no causalidad, en este último es uno de culpabilidad o no culpabilidad.

Como se advertirá entonces, la calificación de una obligación como de resultado determina una objetivación, desde que, ante ella, como sostiene el mismo autor “la prueba del incumplimiento objetivo descarta el análisis de la culpa, y no porque no la haya, sino porque no interesa su evaluación: ni siquiera es que se presuma, es que queda fuera de toda cuestión en un litigio”.²⁶

²⁵ Con mayor detalle, véase a Zelaya. *La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XC, 1993, N° 3, págs. 119 y ss. y *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1995, N° 197, págs. 101 y ss.

²⁶ Yzquierdo Tolzada, *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I, Madrid, 1993, pág. 156.

Precisamente esa recepción ha desembocado en una proliferación de hipótesis que son consideradas como obligación de resultado y que, paulatinamente, han sido transformadas en verdaderas responsabilidades de pleno derecho, tales como lo del transportista por las lesiones sufridas por sus pasajeros en el curso del trayecto o por los perjuicios causados a la mercadería transportada; la responsabilidad del vendedor o del fabricante por los daños causados por sus productos defectuosos; la responsabilidad del constructor por los vicios de la construcción; la responsabilidad del médico en las intervenciones de cirugía estética o embellecedora, entre otras.

La aceptación, por tanto, de esta distinción conduce a un abandono de la exigencia de culpa, aspecto que, desde luego, constituye un mecanismo objetivador más que evidente como destacaremos a continuación.

B.2) Objetivación jurisprudencial a través del debilitamiento de la propia noción de culpa.

El segundo camino de objetivación jurisprudencial se ha producido a través del debilitamiento de la propia noción de culpa. En tal sentido, como es sabido, la idea clásica de culpa nos enfrenta, desde sus inicios, a la concurrencia de imputabilidad e ilicitud, por más objetiva que pretenda ser su apreciación. Con ello queremos aludir al hecho de que, aunque en nuestra concepción tradicional de negligencia establecida en el art. 44 su apreciación es objetiva y externa, desde que supone la comparación entre la conducta tenida por el responsable y la que habría tenido el standard de conducta "del buen padre de familia", lo cierto es que las consideraciones subjetivas no dejan por ello de existir.

En tal sentido, si bien es cierto que la apreciación in *abstracto* de la culpa, aceptada en nuestro sistema, constituye un buen mecanismo de objetivación, desde que obliga al tribunal a dejar de lado consideraciones personales del eventual responsable para efectuar una comparación con el standard del buen padre de familia o del *reasonable man*, no es menos cierto que, con todo, el propio recurso a un modelo obliga a considerar ciertos aspectos del responsable y con ello a subjetivizar la culpa. En otros términos, la imputabilidad y la capacidad obligan a analizar el estado mental del hechor o su edad. Debido a ello precisamente es que, entre nosotros, un demente no es responsable por los perjuicios ocasionados por su culpa, pues carecía de voluntad y juicio que le permitieran percatarse de que estaba actuando fuera del standard. Todo ello sin perjuicio de que otro pueda resultar obligado a responder por ello en razón de la responsabilidad por hecho ajeno.

No obstante, estas conclusiones, que en nuestro sistema, parecen evidentes, se han visto profundamente alteradas en otros, mediante la introducción de un nuevo concepto de culpa: de la denominada culpa objetiva. En efecto, con el objeto de favorecer a las víctimas ampliando sus posibilidades de obtener un resarcimiento, se ha ido desfigurando la noción de culpa de manera a incluir en ella aspectos antes insospechados. Es así como, en una evolución que puede parecer muy curiosa atendido lo que tradicionalmente se ha entendido por culpa, esta noción ha dado paso a verdaderas hipótesis de responsabilidad objetiva.

Así ha sucedido, en un primer tiempo, con el establecimiento de presunciones estrictas de culpa en las que se excluye toda posibilidad de exonerarse de responsabilidad invocando la ausencia de culpa. En otros términos, a diferencia de lo que sucede en Chile con las presunciones de responsabilidad, que por regla general admiten alegación de ausencia de culpa, es decir, "la prueba de haberse empleado la debida diligencia y cuidado", se han establecido presunciones estrictas de culpa en las que, cumplidos sus supuestos, el deber de responder es automático. Por lo mismo, no se permite ninguna forma de exoneración o, por lo menos, no se permite la ausencia de culpa.

Más radical aún para la noción de culpa ha sido la transformación operada de manera destacada en Francia al excluir el propio análisis de imputabilidad. Es el resultado al que se ha llegado con el reconocimiento de la responsabilidad del demente, en los términos que antes reseñábamos, y que hoy está en el texto legal después de la reforma introducida a estos efectos al Code, la que, conviene resaltar, no vino sino a darle forma legislativa a una solución largamente admitida en la jurisprudencia.

Más tarde, una vez abiertas las puertas a la idea de que el standard del buen padre de familia es objetivo y por lo mismo aplicable incluso al demente, rápidamente se extenderá la conclusión a la responsabilidad del menor.

Es así como, por sentencia dictada por la Corte de Casación francesa el 9 de mayo de 1984,²⁷ se ha resuelto que dos menores (de 5 y 13 años) que habían actuado sin discernimiento debían responder por el daño causado, pues "no estando el tribunal obligado a verificar si el menor era capaz de discernir las consecuencias de sus actos, puede estimarse sobre la base del art. 1382 del Código Civil que la víctima ha incurrido en culpa concurrente con la del menor en la causación del daño".

²⁷ D. 1984.425, dic. Cabannes y nota Chabas.

De este modo, acogiendo las ideas defendidas por los hermanos **Mazeaud**, reafirmadas más recientemente por **Chabas**, se va a decidir que la culpa del menor supone la prueba de su discernimiento y, por lo mismo, que un menor puede cometer una imprudencia o negligencia. Todo ello, como afirma **Chabas**, sobre la base de la injusticia que supondría dejar a la víctima de un menor sin indemnización, “porque ha tenido la mala suerte –añadida– de que su daño haya sido causado por un inconsciente. Por lo demás, ello constituiría *“summa injuria”* –continúa el mismo autor– si se trata de un menor rico o asegurado”.²⁸

Como resulta de todo lo que viene de transcribirse, que desde luego no es sino una rápida síntesis de una evolución que daría para un curso completo de derecho civil, los pilares clásicos de la responsabilidad civil concebida por la codificación decimonónica –la mayor parte de los cuales siguen sustentándola en Chile en el presente– han sido, en los sistemas más desarrollados en la materia, no sólo revisados, sino absolutamente trastocados. De aquí que, precisamente, atendidos los extremos alcanzados en esta evolución, que la doctrina comparada más especializada se pregunte hoy si más que una “evolución o adaptación de la responsabilidad civil subjetiva” no se asiste, en verdad, a una verdadera crisis de la responsabilidad en cuanto tal.

3. Crisis de la responsabilidad. Problemas pendientes

En tal sentido, las transformaciones experimentadas por el instituto clásico de la responsabilidad civil han sido tan radicales que, en el presente, se asiste a un verdadero cuestionamiento de la utilidad que tiene su supervivencia.

En efecto, si, como destaca **Tunc**, en ciertos sentidos el hombre es más responsable que nunca desde que “su poder de causar daños así como el de ayudar a otros se ha multiplicado por el progreso de la ciencia y la técnica. En otros aspectos, como consecuencia del incremento de la seguridad social y del seguro, su responsabilidad va en disminución”, conviene preguntarse por el sentido mismo que tiene seguir predicando acerca de la existencia de la responsabilidad.²⁹

Más aún, en una concepción del Estado-providencia como la que impera en muchos países industrializados, donde los daños más importantes a la persona (como los personales) son cubiertos por la Seguridad Social o por

²⁸ Chabas, “La responsabilidad del menor frente a terceros y frente a sí mismo”, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, obra colectiva, Santa Fé, 1999, pág. 247.

²⁹ En tal sentido, vid. Tunc, op. cit., págs. 133 y ss.

el seguro personal que el responsable ha tomado, la respuesta jurídica contenida en la responsabilidad –según se sostiene– se hace menos necesaria, pues, según se ha destacado, deja de cumplir con su función principal, que es la resarcitoria, para transformarse ya en una sanción ya en un mecanismo de lucha contra las conductas antisociales, en el sentido más amplio de la palabra.

Ahora bien, la respuesta a esta cuestión dista mucho de ser conteste. Así, por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos, como sucede muy destacadamente con el de Nueva Zelandia o de los países escandinavos, se ha optado por una solución radical, esto es por idear derechamente mecanismos que permitan garantizar la indemnización civil, que parece ser el objetivo primero del derecho de daños en el presente.

En el caso neozelandés, cuya respuesta es precisamente la más moderna y radical, se optó por establecer un sistema de indemnización social, que se traduce en la existencia de un fondo público de reparación de las víctimas de accidentes³⁰ destinado a compensarles a todos los ciudadanos (trabajadores, víctimas de accidentes de tránsito, no-trabajadores víctimas de una accidente que no sea de tránsito) por los daños corporales que sufran, entendiéndose por tales los que provienen de accidentes médicos, quirúrgicos u odontológicos y siempre que no encuentren su origen en una actuación dolosa. Si la acción ilícita lo ha sido, entonces la indemnización legal le es denegada a la víctima, pues su regulación debe hacerse a partir de un procedimiento contencioso en que se establezca la responsabilidad del autor del daño.

Una respuesta semejante a la recién transcrita puede encontrarse en los países escandinavos, pues si bien tanto Noruega (1969) como Suecia (1972) tienen una ley uniforme que gobierna la responsabilidad por el hecho ajeno y personal, en cada caso, lo cierto es que, en la práctica, la responsabilidad civil ha decrecido en importancia porque la seguridad social cubre gran parte de las indemnizaciones por lesiones corporales. Por ejemplo, en Suecia desde 1975 se asegura la indemnización integral de todas las vícti-

³⁰ Se trata de un fondo público, creado por ley de 1 de octubre de 1973, que, a su vez, se estructura a partir de otros tres fondos: a) el primero, "de los trabajadores", se financia con un impuesto que, tratándose de trabajadores dependientes, debe pagar el empleador según una tasa que varía según su actividad, o, que, en el caso de los trabajadores independientes, debe ser pagado por ellos mismos y que alcanza a un porcentaje sobre sus ingresos profesionales (1%); b) el segundo fondo está destinado a cubrir "las víctimas de accidentes causados por la utilización de un vehículo a consecuencia o en relación con ese uso". Sólo entra a jugar en defecto del primero, y, por lo mismo, comprende a no trabajadores. Se financia con impuesto sobre los vehículos, muy modesto, y c) por último, el tercer fondo es financiado por el tesoro público, y cubre a todas las víctimas de accidentes producidos en Nueva Zelandia que no se encuentren en los casos precedentes (dueñas de casa, visitantes, jubilados, incluso los extranjeros).

mas de accidentes de circulación y de toda víctima del resultado anormal de un tratamiento, de una intervención quirúrgica o de una medicación hasta un cierto límite por persona y por accidente (límite de 2.000.000 de coronas por persona y de 20 millones por accidente). Del mismo modo, en 1976 se elevó la tasa de indemnización de los accidentes del trabajo o enfermedades profesionales al 100% de las pérdidas de ingresos experimentadas por la víctima. Y la evolución demuestra que en esos países la multiplicación de los seguros sociales o privados de accidentes sigue en constante desarrollo.

Otra respuesta ha consistido en la creación de mecanismos que permitan salvar los inconvenientes que la noción de culpa plantea para la obtención de un resarcimiento en hipótesis donde la identificación del directo responsable o de la víctima resulta compleja. Lugar destacado entre ellos tienen las denominadas *class actions* ideadas en el Common Law para áreas como la de la responsabilidad del fabricante por los daños causados al consumidor por los productos defectuosos puestos en circulación, donde la determinación del responsable resulta particularmente compleja, atendido el número de agentes que intervienen en la producción y circulación de un producto, lo que determina un fracaso del esquema clásico de solución a través de la relación contractual originalmente existente entre consumidor y vendedor directo. Esas acciones han sido igualmente empleadas en el ámbito de la responsabilidad por los daños al medio ambiente, donde tanto la determinación del responsable –si se tiene presente que las causas determinantes del deterioro ambiental suelen ser múltiples– como la precisión del número exacto de víctimas deviene extremadamente compleja. Mediante el recurso a ellas se persigue salvar, en concreto, el principio procesal de que “sin interés no hay acción” que, de aplicarse en materias como éstas, obligaría a que cada víctima se viera obligada a ejercer su propia acción resarcitoria.

En otros sistemas tales como el francés o el español la respuesta no ha llegado a traducirse en opciones tan radicales y diríamos que, más bien, sólo está en el terreno de la reflexión doctrinaria, debatiéndose arduamente entre los que siguen abogando por la mantención del instituto mismo de la responsabilidad, que se entiende debe ser devuelto a su correcto cauce, y los que, por el contrario, entienden que toda regresión en la evolución no es factible y que, más bien, debiera procederse a una nueva regulación legal que dé cuenta del nuevo instituto que hoy existiría, que es el del derecho de daños. En otras palabras, ante la evidencia de que la sociedad entera reclama la reparación integral de los perjuicios, como función primera de la condena pecuniaria, simplemente debiera asistirse a una reformulación de los principios clásicos que la informaban a partir de las tendencias legales y jurisprudenciales ya existentes.

Resaltemos que, en nuestra opinión, que sólo formulamos en apretada síntesis pues proviene de reflexiones, que como es evidente, cuya entidad excede los límites de un trabajo como éste, no existe ninguna respuesta absoluta a la cuestión.

Primero, porque la decisión depende no sólo de factores jurídicos, sino también económicos, pues hablar de reparación es, en general hablar de dinero o de patrimonio que la cubra. Y ello es un problema que excede el mero debate jurídico, pues obliga a efectuar un estudio global del impacto que tiene en la economía global de un determinado sistema la recepción de un principio de garantía absoluta de reparación. El análisis económico del derecho, en tal sentido, puede aportarnos varios criterios de reflexión.

Segundo, porque numerosas dudas deben ser despejadas antes de elegir un camino de solución, tales como, por no citar sino algunas: a) si la represión de las conductas antisociales es propiamente una tarea del derecho penal y no del civil, teniendo presente que la penal es más eficaz como medio de defensa social; b) si se justifica ante perjuicios que, como las lesiones corporales, son normalmente accidentales y c) si la prevención puede ser abordada por el derecho civil o si, en verdad, no es sino una tarea propia de la seguridad social, que también la cumple de un modo más eficaz.

Tercero, porque entendemos que la opción entre responsabilidad subjetiva y objetiva no es absoluta, sino, por el contrario, requiere y tiene numerosos matices, pues ninguna duda cabe que existen ámbitos determinados del derecho de daños donde cada una se justifica plenamente, es más, es de estricta justicia su consideración.

Así, el sistema clásico de responsabilidad fundada en la culpa no se explica en materias donde, por la entidad y frecuencia de los accidentes, las consecuencias dañosas sólo pueden ser abordadas desde una responsabilidad colectiva, tales como en materia de daños nucleares, de perjuicios producidos a consecuencia del terrorismo, daños por contaminación de enfermedades mortales (SIDA, virus de Hepatitis C), donde la realidad comparada nos demuestra que la reparación sólo es posible desde mecanismos que razonan sobre la base del seguro social.

Más en general, la mantención de un sistema anclado en la culpa deviene no sólo innecesario sino inútil en todas las áreas cubiertas por el seguro, pues en ellas es incapaz de cumplir sus fines: no es punitiva, y no es preventiva, en cuanto no moraliza ni desincentiva ninguna conducta.

Por el contrario, la responsabilidad subjetiva debe ser mantenida en aque-

llos ámbitos donde efectivamente es capaz de cumplir con esos roles, entre otros, cuando se trata por ejemplo de la responsabilidad de los profesionales.

Desde este modo, la solución pasa por un estudio global de los accidentes que permita dilucidar justamente en qué áreas se justifica la subsistencia o no de la responsabilidad clásica y en cuáles, en cambio, corresponde entrar a una nueva regulación. En otros términos, debe entrarse directamente a regular uno u otro sistema, pues el mecanismo de la deformación de uno para conseguir el otro sólo conduce a la inseguridad y, a la larga, a la injusticia, denostando el loable y, más aún, deseable anhelo de protección integral de la persona que se perseguía inicialmente o en un cuyo nombre se ha actuado.

4. Futuro de la responsabilidad civil

En suma, creemos que aunque es de esperar que la responsabilidad civil se siga desarrollando en los países que están atrasados y que ello suceda en nuestro sistema, de manera de avanzar hacia una mejor protección civil de la persona, es de esperar también que esa evolución se desarrolle entre límites que efectivamente rindan adecuado homenaje tanto a la justicia como al afán de tutela de la persona, pues, de otro modo al final puede asistirse a una verdadera regresión de esos principios. Ese es el desafío al que se encuentra enfrentado el derecho chileno. ¿Cómo lo resolverá? Es algo que sólo el tiempo puede develarnos.

Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)

Jaime Williams Benavente

Profesor Titular de Introducción al Derecho
y de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CHILE

En este primer semestre del presente año la Facultad de Derecho, sede Santiago, ha llevado a cabo iniciativas que, junto con las tradicionales de toda Facultad, acrecientan su calidad académica y su posicionamiento en el ámbito universitario, toda vez que vive recién su segundo año. Cabe destacar las relacionadas con profesores, las relativas a los alumnos, y las vinculadas con la comunidad.

Entre las primeras pueden señalarse: la realización de un seminario para profesores sobre "Metodología de la Investigación Jurídica"; la postulación de profesores al "Fondo de Desarrollo de la Docencia"; la incorporación de nuevos profesores a su cuerpo académico. En las segundas destacan: la institución del "Premio Roberto Dávila Díaz" al mejor egresado de la respectiva promoción; las tutorías con los alumnos; actividades de formación complementaria: talleres de teatro en Derecho Romano; taller de Técnicas y Métodos de Estudio para alumnos de primer año, visita al Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile (Labocar); cursos de Licenciatura, Taller sobre Metodología de la investigación jurídica para alumnos; Clínicas Jurídicas. En su labor de extensión a la comunidad, por su parte, se desarrollaron dos seminarios: uno a cerca de "Nuevas tendencias sobre la responsabilidad por daños" y otro sobre "El verdadero impacto de la nueva Ley de OPAS". Se implementó, además, el primer programa de Postítulo: "El abogado frente a la Administración", y se preparó un diplomado para el próximo año que versará sobre "Responsabilidad Civil".

1. Actividades de Desarrollo Docente

1.1. Seminario para profesores sobre "Metodología de la Investigación Jurídica"

La Facultad, interesada en el perfeccionamiento docente y en el mejoramiento de la calidad de las memorias de prueba, programó un seminario sobre "Metodología de la Investigación Jurídica", a cargo del

profesor Dr. Edmundo Fuenzalida Faivovich, quien ha trabajado el tema en organismos internacionales y en universidades europeas, norteamericanas y chilenas en los últimos 30 años. En la actualidad el profesor Fuenzalida es el Director de la Universidad de Stanford para América Latina, con sede en Santiago de Chile.

El seminario se desarrolló de manera intensiva el día sábado 11 de marzo, de 9:00 a 18:00 horas, en nuestra Casa Central, de Santiago. En él se abordaron, entre otros, los siguientes aspectos: formulación de hipótesis de investigación; formulación de proyectos de investigación; selección de técnicas de recolección y registro de datos; diseño del formato o aparato crítico de una investigación, y tipos y requerimientos de una investigación, según sea descriptiva, explicativa, o exploratoria.

A esta actividad asistieron profesores de nuestra Facultad especialmente convocados por el Decano, los cuales, al término del seminario, intercambiaron experiencias con el profesor Fuenzalida en orden a implementar las técnicas de investigación a propósito de la Memoria de Prueba.

1.2. Postulación de profesores al concurso del Fondo de Desarrollo de la Docencia

Profesores de nuestra Facultad de tan diversas disciplinas como el Derecho Romano, el Derecho Comercial, la Sociología Jurídica y la Ética postularon a este fondo concursable de nuestra Universidad, siendo seleccionado el proyecto presentado por la profesora doña Angela Cattán Atala sobre "La libertad en el Derecho Romano". Dicho proyecto se desarrollará en forma de Taller de investigación de alumnos, bajo la responsabilidad de la profesora y de sus ayudantes. Se estudiarán los distintos modos en que se manifestó el principio de libertad en el Derecho Romano, y culminará con la defensa de las distintas hipótesis por parte de los grupos de trabajo.

1.3. Incorporación de nuevos profesores al plantel académico

Con los nuevos ingresos, la nómina de profesores es la siguiente:

Alvear Téllez, Julio
Arab Nessrallah, Juan
Aróstica Maldonado, Iván
Arthur Errázuriz, Guillermo
Barceló Vial, Georgeanne
Bates Hidalgo, Luis
Cárcamo Olmos, Juan Carlos
Cattán Atala, Angela

Cea Cienfuegos, Sergio
Célis Rodríguez, Rubén
Corvalán Vásquez, Oscar
Cruchaga Gandarillas, Angel
Cruz Coke Ossa, Carlos
Cruz Fabres, Rafael
Cuevas Farren, Gustavo
Cuevas Manríquez, Gustavo

Dávila Campusano, Oscar
 Dougnac Rodríguez, Antonio
 Figueroa Valdés, Juan Eduardo
 Figueroa Velasco, Patricio
 Gamboa Serazzi, Fernando
 García Escobar, Jaime
 Gómez Balmaceda, Rafael
 González Ranzanz, Osvaldo
 González Zúñiga, Juan
 Halpern Montecino, Cecily
 Herrera Valdivia, Oscar
 Lara Berríos, Bernardo
 Marchant Bustamante, Helga
 Mendoza Zúñiga, Ramiro
 Monsálvez Müller, Aldo
 Montt Dubournais, Luis
 Montt Dubournais, Manuel
 Ortiz Sepúlveda, Eleodoro
 Ortúzar Meza, Pedro

Pacheco Navarrete, José Francisco
 Paiva Hantke, Gabriela
 Pecchi Croce, Carlos
 Pino Villegas, Fernando
 Rabat Célis, Fernando
 Recabarren Cisterna, Mario
 Reyes Riveros, Jorge
 Rivera Villalobos, Hugo
 Rocha Pérez, Raúl
 Rojas Sepúlveda, Mario
 Rodríguez Grez, Pablo
 Rodríguez Quirós, Ambrosio
 Tapia Witting, Enrique
 Valenzuela Vargas, Juan Guillermo
 Vergara Varas, Pedro Pablo
 Vidal Duarte, Germán
 Williams Benavente, Jaime
 Yáñez Pérez, Sergio



2. Actividades de Desarrollo Estudiantil

2.1. "Premio Roberto Dávila Díaz"

La Facultad de Derecho –sede Santiago– ha instituido un premio que anualmente se otorgará al mejor egresado de cada promoción. Se ha querido honrar la memoria de don Roberto Dávila Díaz, ex Presidente de la Corte Suprema y ex profesor nuestro, instituyendo el premio con su nombre, a fin de estimular con su ejemplo a las futuras generaciones.

Como el mejor egresado de la carrera de Derecho, por haber obtenido el más alto promedio de calificaciones durante los cinco años, fue premiado el alumno don Gustavo Cortínez Correa, quien recibió el premio de manos de la viuda de don Roberto Dávila Díaz, señora Josefina Bernales de Dávila.



Fotografía gentileza familia R. Dávila

En esta misma ocasión se premio a los mejores alumnos de cada nivel, desde primero a quinto año, según se indica:

Cristián Fuentes Honzik	(promoción primer año 1999).
Gian Di Nocera Iturrieta	(promoción segundo año 1999).
Luis Salazar Herrera	(promoción tercer año 1999).
Cecilia Muñoz Echeverría	(promoción cuarto año 1999).
Hugo Ahumada Mateluna	(promoción quinto año 1999).

La ceremonia de entrega de los premios se efectuó el 28 de marzo del presente año. Contó con la asistencia de don Joaquín Lavín Infante, vicepresidente de la Junta Directiva; de don Ernesto Silva Bafalluy, rector de la Universidad; de don Sergio Hernández Ollarzú, vicerrector académico, y de doña Cecily Halpern Montecino, directora de la carrera, en representación del Decano don Pablo Rodríguez Grez quien había sufrido un accidente que lo mantenía en reposo clínico. Esta ceremonia se desarrolló a continuación de la Inauguración del Año Académico.

Transcribimos el discurso en que el Decano don Pablo Rodríguez Grez rinde homenaje postumo al profesor Roberto Dávila Díaz, y que fue leído, en dicha ocasión, por la Directora de la Escuela de Derecho doña Cecily Halpern:

"No es fácil para nosotros hacer una semblanza de la personalidad de Roberto Dávila. Declaro, desde luego, que no soy neutral si se trata de juzgar sus méritos. Reunía él caracteres muy singulares que lo hacían, con toda propiedad, un personaje inolvidable. Para ajustarnos a la realidad deberíamos medirlo en tres perspectivas distintas: como juez, como profesor y como hombre.

No hay duda que su más marcada vocación fue la judicatura y que debido a ella sus mejores esfuerzos y desvelos. Lo conocí como relator de la Corte Suprema, cargo que desempeñó con ejemplar abnegación durante muchos años y que sólo dejó para incorporarse a ese alto tribunal. Este hecho marca un hito en la promoción judicial, pues no es usual que un relator pueda integrarse al tribunal en que sirve. Me interesa recalcar que este episodio revela que el cargo no hace al hombre, es éste el que hace el cargo. Dávila dio a sus tareas tanto brillo que rompió los moldes tradicionales.

La función judicial es, muy probablemente, la que mayores exigencias y restricciones impone a quienes la abrazan. A la independencia moral debe unirse un cierto retraimiento social y un deber de humildad que compense la delicada misión de juzgar la conducta de sus semejantes. La concurrencia de estas tres exigencias hace a un gran juez. Roberto Dávila actuó siempre con absoluta independencia. Jamás lo doblegó influencia alguna, todas ellas se estrellaron en su carácter afable, pero íntegro. Fue amistoso con todos, pero sin cru-

zar el umbral de la intimidad. Mantuvo la misma sencillez que observaba en su oficina de relator, cuando culminaba su carrera como Presidente de la Corte Suprema. Tras estas actitudes sólo puede esconderse un espíritu superior. Le tocó vivir un período difícil en que las privaciones económicas imponían a los jueces grandes sacrificios materiales. Esta política era, incluso, exaltada por algunos insignes magistrados que aspiraban a transformar la judicatura en un verdadero sacerdocio civil. Nunca lo vi vacilar en estas circunstancias que, paralelamente y con justa razón, hicieron abandonar el Poder Judicial a muchas vocaciones, especialmente jóvenes. Los dardos del resentimiento no alcanzan a las alturas en que viven los jueces. Si así no fuere, su existencia sería insoportable.

Un día don Enrique Correa Labra, a quien recordamos como un modelo de juez austero, dijo que "ser ministro de la Corte Suprema era sublime". Roberto Dávila, comentando estas palabras, me agregó, casi textualmente, "lo que don Enrique Correa quiso decir es que los jueces se sienten más cerca de Dios que los demás hombres y es por ello que tienen mayores responsabilidades y deben soportar sacrificios más intensos". Así concebía él sus funciones de magistrado. Esa era la huella que seguía y de la cual nunca se apartó.

Coherente con lo anterior, dedicó parte importante de su tiempo a la docencia. A la noble tarea de hacer justicia añadió la de formar a los nuevos abogados. El entendía el derecho no como una disciplina estática, sino como una función creativa, actualizadora, en constante adaptación a la realidad social. Con este enfoque se sumó sin reservas al desafío que encara hoy nuestra Facultad, empeñada en renovar la enseñanza del derecho, transformando al abogado en un creador imaginativo de reglas jurídicas, capaz de perfeccionar la convivencia social, facilitar el desarrollo y ampliar y asegurar la libertad. La última vez que conversamos, cuando ya había dejado la Presidencia de la Corte Suprema, me manifestó su intención de incorporarse de tiempo completo a los trabajos docentes. Así lo acordamos en principio, ya que, según señaló, se mantendría por algunos meses en el Tribunal Supremo. Su plena identidad con nuestras metas quedó sellada con la publicación de un artículo póstumo que redactó para nuestra Revista y en que analiza las "Bases del ejercicio de la jurisdicción".

Todos quienes lo conocimos de cerca, profesores y alumnos, sabemos de su responsabilidad como académico, trabajo que realizaba arrancando horas a la difícil misión de presidir un Poder del Estado. En este aspecto siguió el ejemplo de otro gran profesor del Derecho Procesal, don Fernando Alessandri Rodríguez, quien, como Presidente del Senado, encabezaba el Poder Legislativo. Para él sus alumnos tenían preferencia, incluso por sobre sus trascendentales actividades de Estado. Es que la docencia, al igual que la judicatura, nos aproxima también a un fin sublime.

Réstame hablar de Roberto Dávila como hombre. Quizás los rasgos más característicos de su personalidad fueron la sencillez, la modestia y su capacidad para escuchar a todos sin prejuicios o intolerancias. Grande, macizo, con un vozarrón que no despertaba tenor sino simpatía, con una pipa entre sus labios y una bufanda a sus hombros, siempre atento al planteamiento que escuchaba con paciencia, a veces infinita. Las puertas de su oficina siempre estuvieron abiertas para todos quienes quisieran hablarle. No lo envaneció el poder ni la publicidad ni la fama. Fue siempre el mismo. De tarde en tarde, cuando lo apremiaban circunstancias difíciles, hacía llegar a mi estudio una carta, aparentemente sin objetivo concreto, en la cual me señalaba las amarguras y dificultades por las que atravesaba. El conocía mejor que nadie las veleidades de la vida y de los hombres, y plasmaba su descontento en estos mensajes que conservo con unción y que sólo aspiraban a vaciar sus decepciones e inquietudes.

Roberto Dávila no fue un santo ni fue perfecto, pero sí fue un hombre recto, justo, austero y afectuoso, capaz de ascender a altas posiciones sin que se alterara el ritmo de su espíritu. Podría decirse que él hizo realidad el epitafio con que el poeta Ernesto A. Guzmán ganó el concurso para el cementerio de Concepción: "La pisada sea blanda y piadosa, peregrino, porque no se lastimen los caminos".

La Facultad de Derecho de esta Universidad ha instituido un premio con el nombre de Roberto Dávila, que se otorgará anualmente al mejor alumno de cada promoción. Hemos querido honrar su memoria con este galardón. De esta manera queremos incentivar con su ejemplo a las futuras generaciones y rendir un homenaje permanente a Roberto Dávila, a su trayectoria judicial, a su entrega a la docencia y a la hombría de bien que personifica este amigo inolvidable.

Nadie se engañe pensando que todos los hombres son reemplazables. Cada generación tiene personalidades que la identifican y caracterizan. Roberto Dávila fue una de aquellas personalidades. Es por ello que su obra silenciosa perdurará en el tiempo y, aun en el olvido, seguirá gravitando silenciosamente en el complejo y fascinante mundo del Derecho.

Muchas gracias".

2.2. Tutorías con alumnos

A fin de mantener una cercanía con los alumnos y una enseñanza personalizada, la Facultad ha programado por segundo año consecutivo un régimen de Tutorías, las que tienen dos aspectos: uno público o general y otro privado o personal. En el primero se abordan aspectos de enseñanza-aprendizaje válidos para cualquier alumno medio. En el segundo,

en cambio, se tratan los aspectos más personales de cada estudiante que inciden en su rendimiento escolar: situación familiar, desarrollo psicológico, equilibrio emocional y otros de la misma índole.



2.3. Actividades de formación complementarias

- **Talleres de Teatro en Derecho Romano**

Como una forma de apoyo a la docencia, la profesora doña Angela Cattán Atala ha diseñado, juntamente con sus ayudantes, una obra de teatro sobre "Nerón y su época", que permite captar de manera gráfica el ejercicio de instituciones y principios del Derecho Romano vigente a la época. Lo interesante de esta forma complementaria de docencia es que la profesora indica previamente la problemática jurídica y son los propios alumnos quienes diseñan el parlamento y montaje de la obra, que ejercitan durante el año, para representarla, al término del período lectivo, frente a las autoridades, profesores, alumnos y familiares.

- **Taller de Técnicas y Métodos de Estudio**

A los alumnos de primer año se les ha ofrecido, de manera optativa, un taller de "Técnicas y Métodos de Estudio", que fue diseñado en dos etapas: una de nociones generales y otra de aplicación al estudio del Derecho. Estuvo a cargo del profesor Jaime Williams Benavente.

- **Visita al Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile (Labocar)**

Como una forma de interesar a los alumnos de primer año por algunos aspectos prácticos del derecho, se convino una visita guiada al Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile (Labocar), organismo que evacúa informes periciales a los Tribunales de Justicia. Allí pudieron apreciar cómo se recopilan antecedentes para esclarecer un delito y se elaboran los informes periciales respectivos en materia de huellas, documentos, lesiones, ingesta de drogas y sustancias psicotrópicas, y otros.

También se programó para los alumnos del primer año una charla sobre lesionología y tanatología, que, con el auxilio de diapositivas y video, estuvo a cargo del profesor de Medicina Legal don Osvaldo Romo Pizarro.

- **Cursos de Licenciatura**

Para auxiliar a los alumnos en la preparación de su examen de grado se implementó en este primer semestre un curso de Licenciatura que repasa los principios e instituciones fundamentales del Derecho Civil y del Derecho Procesal. El primer ramo estuvo a cargo del profesor don Rubén Célis Rodríguez y el segundo de don Mario Rojas Sepúlveda.

- **Taller sobre Metodología de la Investigación Jurídica**

Para el segundo semestre del presente año, se ha programado un taller sobre Metodología de la Investigación Jurídica, a cargo de los profesores don Edmundo Fuenzalida Faivovich y Aldo Monsalvez Müller, respectivamente. Ello como una manera de proporcionar a los alumnos del quinto año, o egresados, las nociones, destrezas y exigencias indispensables para elaborar y redactar sus Memorias de Prueba.

- **Clínicas jurídicas**

La Clínica Jurídica es una unidad de práctica y asistencia jurídica destinada a asesorar y representar en juicio a personas de escasos recursos que residan preferentemente en la comuna de Renca. Para esto, alumnos de cuarto y quinto año de la Escuela de Derecho asisten una vez por semana a las dependencias de la Clínica, ubicada en el recinto de la Ilustre Municipalidad de Renca, donde, guiados por la profesora del ramo, entregan orientación legal a todos quienes asisten, además de asumir, cuando corresponde, la tramitación de diversas causas judiciales.

Actualmente se tramitan en la Clínica Jurídica 120 causas, correspondiendo la mayoría a juicios de pensión de alimentos, juicios de tuición y solicitudes de adopción, juicios por término de contrato de arrendamiento, comodato precario, juicios laborales por despido injustificado, daños en choques, entre otros. Del mismo modo, semestralmente se redacta un promedio de 10 escrituras públicas de compraventa, cesión de derechos, contrato de promesa, y separación de bienes.

El trabajo desarrollado por los alumnos en esta unidad ha sido exitoso, obteniendo para nuestros patrocinados fallos favorables y transacciones o avenimientos muy convenientes; encontrándose muy bien evaluada la Clínica por la Municipalidad y por nuestros beneficiados.

Pero lo más importante es que este ramo, además de completar la enseñanza teórica del derecho con el ejercicio profesional, permite prestar una valiosa ayuda en los conflictos humanos habituales de la comunidad. De esta manera, los alumnos aprenden a enfrentar, como futuros abogados, a sus patrocinados y se dan cuenta de que el derecho es un medio eficaz de solución de divergencias en las relaciones humanas. Y precisamente en atención a esta función social del derecho, los alumnos también aprenden que los abogados tienen la tarea de buscar permanentemente la más justa aplicación de la norma jurídica, proponiendo modificaciones si es necesario.

2.4. Malla Curricular 2000 (implementada para 1° y 2° año solamente)*

Primer Año	Segundo Año	Tercer Año	Cuarto Año	Quinto Año
Derecho Romano (A)	Derecho Civil I (A)	Derecho Civil II (A)	Derecho Civil III (A)	Derecho Civil IV (A)
Nociones de Estado de Derecho (S)	Derecho Procesal I (A)	Derecho Procesal II (A)	Derecho Procesal III (A)	Derecho Internacional Privado (S)
Introducción al Derecho (A)	Derecho Constitucional (A)	Derecho Administrativo I (A)	Derecho Administrativo II (A)	Electivos (agua, minería, medio ambiente, medicina legal) (S)
Derecho Político (A)	Derecho Internacional Público (A)	Derecho del Trabajo I (A)	Derecho del Trabajo II (S)	Seguridad Social (S)
Historia Constitucional (S)	Derecho Económico (A)	Derecho Penal I (A)	Derecho Penal II (A)	Derecho Profundizado (S)
Historia del Derecho (A)	Actualidad Económica (S)	Derecho Tributario I (A)	Derecho Tributario II (A)	Filosofía del Derecho (A)
Teoría Micro y Macro Económica (A)	Nociones de Contabilidad (S)	Formación General II (S)	Derecho Comercial I (A)	Derecho Comercial II (A)
Formación General I (S)	Inglés (S)	Clínica Jurídica (S)	Formación General III (S)	Derecho de la Empresa (S)
Nociones de Administración de Empresas (S)				Ética (S)

(A) : Asignatura Anual (S) : Asignatura Semestral

* Este plan de estudios se está implementando de manera gradual y progresiva a partir de 1999. En la actualidad está vigente respecto de los dos primeros años. Para los antiguos alumnos procedentes de la Universidad Las Condes rige el plan aprobado por dicha Universidad.

3. Labor de Extensión a la Comunidad

Nuestra Facultad preparó para el primer semestre del presente año, dos seminarios sobre temas de especial relevancia jurídica como lo son la responsabilidad por daños y la nueva ley de OPAS, según lo que a continuación se señala:

3.1. "Nuevas tendencias sobre responsabilidad por daños"

En la sociedad moderna, quien causa un daño a otro es obligado a resarcirlo. Tradicionalmente era la culpa el fundamento de tal responsabilidad. En la actualidad, el legislador y los tribunales han modificado tal postura, encaminándose hacia una objetivización de la responsabilidad y a una ampliación de los daños resarcibles con el propósito de asegurar una mayor protección a la víctima.

Lo anterior hace necesaria una revisión de los conceptos clásicos que sobre este tema se han estudiado. Tal fue el propósito de este seminario, el que se desarrolló durante los días 10, 11 y 12 de mayo. Estuvo especialmente diseñado para abogados que requieran profundizar y renovar sus conocimientos en el ámbito de la responsabilidad por daños, a la luz de las modernas tendencias jurisprudenciales y doctrinarias, de acuerdo al siguiente temario:

- El acto ilícito : Elementos y nuevas posiciones.
- Los daños : La socialización de los daños: la ampliación de los daños resarcibles en la sociedad tecnológica.
- La imputabilidad: La objetivización de la responsabilidad; nuevos factores de atribución y ampliación de campo; legitimación activa y pasiva.
- La prueba : Aligeración a favor de la víctima, presunciones y daño moral.
- Extinción de la responsabilidad : Interrupción del nexo causal.
- Hacia el futuro : ¿Crisis de la responsabilidad subjetiva?

Sus expositores fueron los profesores:

- Carmen Domínguez Hidalgo : Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Ramón Domínguez Aguila : Profesor de las Universidades del Desarrollo y de Concepción.
- César Parada Guzmán : Profesor de la Universidad del Desarrollo.
- Hugo Rosende Alvarez : Profesor de la Universidad del Desarrollo.

Pablo Rodríguez Grez : Decano de la Facultad de Derecho.
Universidad del Desarrollo (Santiago).

Este seminario, al que asistieron 150 profesionales, la mayoría abogados, contó con el auspicio del diario El Mercurio y con el patrocinio del Colegio de Abogados de Chile A.G.

3.2. "El verdadero impacto de la nueva ley de OPAS"

Nuestra Facultad juntamente con la Facultad de Economía y Negocios de esta Universidad, convocó a este seminario, el que se desarrolló de manera intensiva el 31 de mayo. Estuvo especialmente diseñado para abogados, directores, ejecutivos, ingenieros civiles y comerciales que requieren conocer y actualizar sus conocimientos en función de la nueva ley de OPAS. Fue estructurado en dos módulos: uno donde se analizaron los aspectos económicos, y otro los legales, de acuerdo al siguiente temario:

- Ventajas y desventajas para el Mercado de Valores.
- La necesidad de regulación en OPAS.
- Principales cambios en la legislación del Mercado de Valores y su impacto en los negocios.
- Impactos para las AFP.
- Visión sistemática de la nueva ley.
- Principales cambios normativos en la nueva ley.
- La nueva ley de OPAS puesta en marcha. Caso práctico.
- Impacto en la responsabilidad de los directores de S.A.

Sus expositores fueron los siguientes:

Cristián Larroulet Vignau	: Decano de la Facultad Economía y Negocios. Universidad del Desarrollo.
Alvaro Clarke de la Cerda	: Superintendente de Valores y Seguros.
Jovino Novoa Vásquez	: Senador de la República.
Guillermo Arthur Errázuriz	: Presidente Asociación Gremial de A.F.P.
Marco Antonio González Iturria	: Director Ejecutivo. Fundación Jaime Guzmán.
Luis Oscar Herrera Larraín	: Abogado. Profesor de Derecho Comercial. Pontificia Universidad Católica de Chile.
José Antonio Silva Bafalluy	: Abogado. Master Harvard University.
Pablo Rodríguez Grez	: Decano de la Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo (Santiago).

La extensión del tema y el interés de los participantes motivó que nuestra Facultad diseñara un segundo encuentro para el 21 de junio, donde se

expusieran con mayor detenimiento los aspectos legales. Estuvo a cargo de los profesores don Claudio Illanes Ríos, quien disertó sobre “Nuevas tendencias en la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas”, y de nuestro Decano don Pablo Rodríguez Grez, quien expuso sobre “El impacto en la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas”.

Este seminario, al que asistieron sobre 190 personas, la mayoría abogados y economistas, contó con el auspicio del diario El Mercurio, de la Compañía de Seguros La Interamericana y de la Asociación Gremial de Administradores de Fondos de Pensiones. Fue patrocinada por el Colegio de Abogados de Chile A. G.

4. Programa de Postítulo

4.1. “El abogado frente a la Administración”

En el presente año se inició este programa de Postítulo que contempla dos semestres. Su objetivo principal es habilitar al abogado para asesorar adecuadamente las relaciones entre los particulares y la Administración del Estado, en materias de especial trascendencia práctica, tales como el ejercicio de las potestades de fiscalización y control; la regulación de la actividad económica, y la normativa sobre Urbanización y Construcción.

El programa ha contado con una matrícula de 27 alumnos.

En este primer semestre los cursos han versado sobre Derecho Internacional, Derecho Privado y Derecho Administrativo, con los profesores Carlos Cruz-Coke Ossa, Pablo Rodríguez Grez, Hugo Rosende Alvarez y Eduardo Soto Kloss e Iván Aróstica Maldonado, respectivamente.

Al término del semestre, los alumnos deberán aprobar dichas asignaturas para iniciar las especialidades ofrecidas por el programa. De acuerdo con el calendario, el 10 de enero del próximo año se verificará la ceremonia de Titulación.

4.2. Diploma sobre Responsabilidad Civil

El próximo año se proyecta impartir un diplomado, de dos semestres de duración, sobre Responsabilidad Civil. En él se profundizarán los aspectos centrales del seminario que sobre la materia ha tenido lugar en este primer semestre.

Vida estudiantil en la Facultad

Hugo Fábrega Vega

Alumno V Año de Derecho

Pelayo Ossandón Bravo

Alumno IV Año de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La universidad es por excelencia una institución destinada a los estudios superiores, que otorgan al estudiante las herramientas necesarias para el desarrollo de su vida profesional, pero fundamentalmente serán el sustento económico de él y su familia. Sin embargo nuestra universidad es más que eso, se ha querido dar una preparación integral al estudiante, entregándole instrumentos que complementen valóricamente su enseñanza.

Para ello existen actividades programáticas –esto es, dentro del currículo del alumno–, como la Clínica Jurídica en la Comuna de Renca o las continuas visitas a los Tribunales de Justicia y a sus órganos auxiliares, y extraprogramáticas –aquellas realizadas por los alumnos en conjunto con la universidad–, como son los trabajos de invierno, la pastoral universitaria, etc.

El alumno cuenta con una gama de actividades a su disposición durante todo el año. Estas están supervisadas y dirigidas por profesores y académicos de excelencia, dispuestos en todo momento a dar sus conocimientos para que sean exitosas. Las actividades promovidas por la escuela y la universidad que podemos destacar son:

Bienvenida al Primer Año

Cabe destacar el entusiasta recibimiento que tuvo el primer año de parte de la comunidad universitaria de Derecho. Para tal efecto, se organizaron numerosas actividades, que abarcaron desde el tradicional “mechoneo”, hasta obras de acción social por carreras, fiestas de bienvenida, etc. En suma, un comienzo de año que integró activamente al quehacer universitario a los nuevos alumnos.

Trabajos de Invierno y Verano

La Dirección de Asuntos Estudiantiles (D.A.E) a mediados del año 1999 convocó a un grupo de alumnos a participar en la organización y realización de trabajos de verano, en los cuales el estudiantado participó en forma activa, motivados por la necesidad de ayudar al prójimo. Estas actividades se desarrollaron en el sur del país, octava región, en la localidad de Trehuaco, en el mes de enero.

Se ideó un proyecto, consistente en la construcción de viviendas básicas, la edificación de una sede social y actividades con la comunidad, educativas y recreativas. El financiamiento de los proyectos se logró con la colaboración de las empresas auspicientes, cuyas donaciones fueron en dinero y en especies.

Gracias a Dios, y al esfuerzo de los participantes, los trabajos tuvieron gran éxito; la fe y la dedicación fueron el motor de su eficaz realización.

Los estudiantes, motivados por la experiencia, quisieron organizarse nuevamente en conjunto con la Dirección de Asuntos Estudiantiles y se planificaron trabajos de invierno para el mes de julio, en la segunda semana de vacaciones. Estos se realizarán en la cuarta región, en la comuna de Montepatria, en la localidad de Huatulame. Siguiendo el mismo procedimiento se elaboró un proyecto, que consiste en la construcción de tres obras menores: una biblioteca de la escuela municipal, la sacristía de la iglesia local y un centro social de ancianos, además de la reparación de cinco mediaguas, reacondicionar los baños de la escuela, pintar la escuela, etc.

Lo anterior corresponde a las obras materiales, esto quiere decir que hay un segundo ítem y son las obras sociales. Se planificaron con minucia, por la razón de que su efecto educativo y socializador en la comunidad es trascendente y en segundo lugar porque contribuye al perfeccionamiento académico de los estudiantes ya que aplicarán los conocimientos adquiridos en la universidad. Lo social se implementará con talleres de psicología, asesoría jurídica básica, artes manuales, etc.

Dirección de Asuntos Estudiantiles

Tal departamento corresponde a la instancia directa que tienen los alumnos con la Universidad del Desarrollo, por ello la D.A.E. ha sido protagonista fundamental en las actividades curriculares y algunas extracurriculares. Las actividades curriculares son de formación comple-

mentaria, esta se divide en inglés y cursos de formación general, a su turno el último comprende los siguientes talleres: niños, adulto mayor, debates, teatro. Trabajos de verano e invierno y el curso de valores cívicos. Las extracurriculares corresponden a deportes, pastoral, teatro, liderazgo y trabajos de invierno y verano.

También se trabajó arduamente por un grupo considerable de alumnos, aportando trabajo, dinero y consiguiendo donaciones para ir en ayuda de los damnificados de la población Juan Pablo II de Lo Barnechea.

Asistencia a Seminarios y Talleres

Mención especial merece la asistencia a los seminarios organizados por la Facultad, de los alumnos de cursos superiores, los cuales han recibido con mucho interés los conocimientos vertidos por los expositores. Dentro de este ámbito, ha tenido mucho éxito el llamado a participar activamente en la organización de debates interuniversitarios y la asistencia a materias de especialización dictadas en seminarios y charlas en otras universidades del país.

Academia de Derecho

Hay que remarcar la iniciativa de un grupo de alumnos de la Academia de Derecho de la Facultad, de poner en funcionamiento una página web donde se tendrá acceso a la más completa información relativa al Derecho preparada por los alumnos y en convenio con universidades nacionales y extranjeras. En un futuro no lejano, podremos vincular artículos como éste en un nuevo portal en Internet.

Asimismo, durante el mes de Agosto se ha preparado una serie de charlas para cada uno de los niveles de la Facultad, con la participación de los integrantes de la Academia de Derecho y de los profesores ayudantes de un ramo del nivel. De esta forma, se incentiva la exposición académica de las investigaciones hechas durante el año y se invita a los alumnos de los diferentes niveles a integrarse al grupo de investigación de la Academia.

Ayudantías

Con bastante celeridad se ha puesto en marcha el concurso de ayudantías en nuestra facultad. Sin embargo, hay que poner de relieve el creciente

número de ayudantes que surgieron a partir del término del año 1999. Este es más que un indicio del nivel y esfuerzo de los alumnos de la Facultad, que prometen especializarse aun más con la ayuda sistemática de los profesores guía de cada ramo. Sin lugar a dudas, es una experiencia inmejorable de inicio de una vocación ejemplar que vemos día a día en las salas de clases.

El llamado de principio de año a fortalecer el espíritu emprendedor del quehacer jurídico estudiantil ya ha sido recibido por el estudiantado. Sólo falta ver los exitosos resultados que se asoman profusamente en nuestro panorama como Facultad de Derecho.

Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La revista *Actualidad Jurídica* constituye no sólo un medio privilegiado de difusión de los resultados de las investigaciones realizadas por especialistas en los variados ámbitos de la ciencia del derecho, sino que además está llamada a contribuir eficazmente a divulgar las actividades de la Facultad. Así, esta casa de estudios superiores abre sus puertas a quienes no la conocen y cumple con testimoniar su reconocimiento a todos aquellos que, con su entusiasmo y entrega, han permitido el desarrollo de las actividades que se reseñarán, manteniendo vivo el espíritu y permanente actividad que caracterizan a esta comunidad universitaria, inspirada siempre en el cumplimiento de sus principios institucionales.

En una primera parte se reseñarán los principales aspectos del proceso docente, tanto del pregrado (I) como del Magíster en Derecho de la Empresa (II), para luego abordar las actividades de extensión (III) y los principales aspectos de la vida estudiantil (IV); en una última parte se informa la nómina de profesores de la Facultad (V). Desde luego, no se pretende exponer aquí aquello que constituye actividad normal de la Facultad en su sede de Concepción, sino tan solo aquellos hitos que, por ser ocasionales o por constituir una innovación, merecen ser destacados en este número.

I. EL PROCESO DOCENTE DE PREGRADO

Consciente de las necesidades que impondrá a los abogados el nuevo proceso penal, la Facultad organizó un **Taller de Derecho Procesal Penal**, destinado a alumnos de quinto año, a cargo del profesor Sr. Mario Rojas Sepúlveda y del profesor ayudante Sr. Julián Muñoz Riveros. El curso, de duración semestral, tiene por objeto interiorizar a los alumnos en los contenidos normativos fundamentales del nuevo procedimiento penal, así como en sus métodos de investigación, litigación y juzgamiento. Acorde con estos objetivos, el taller se desarrolla a través de sesiones teóricas y prácticas, simulando juicios.

Procurando servir a la comunidad y al mismo tiempo acercar a sus educandos a los desafíos y exigencias que impone el ejercicio de la profe-

sión, el profesor Sr. Jaime Pacheco Quezada, con la coordinación de doña Nelly Navarro Rojas, Asesora Jurídica del Sename, imparten el **Taller de Derecho Penal de Menores**, destinado a brindar asesoría jurídica a aquellos menores recluidos en el Complejo Penitenciario El Manzano. El curso, de duración anual, permite a los alumnos de cuarto año asumir la representación de sus defendidos, mientras que el patrocinio queda a cargo del profesor responsable del curso.

Con el objeto de seleccionar a los mejores alumnos de sus respectivas promociones a fin de que puedan colaborar con las tareas de administración académica, durante el mes de marzo de este año tuvo lugar el **Concurso de Alumnos Ayudantes**. Considerando las asignaturas anuales y semestrales, actualmente existen veintinueve alumnos ayudantes que cooperan eficazmente en el desarrollo de los cursos, con la natural limitante de no poder impartir las clases. La evaluación permanente a que son sometidos, tanto por los profesores como por los propios alumnos, permite ir detectando desde temprano aquellos alumnos ayudantes que manifiestan vocación y condiciones para la docencia.

Los académicos de la Facultad han participado constantemente en los concursos convocados por la Vicerrectoría Académica, tanto en aquellos destinados a la elaboración de material de apoyo a la docencia como en lo tocante a proyectos de investigación. Es así como en el concurso "**Fondo de Desarrollo de la Docencia**" del año 1999 fue seleccionado el proyecto "Temas de Historia del Derecho, II parte", presentado por el profesor Sr. Eduardo Andrades Rivas, y en el año 2000 el proyecto "Curso de Derecho Procesal Penal", del profesor Mario Rojas Sepúlveda. En lo tocante al concurso "**Fondo de Investigación**", el año 1999 fue seleccionado el proyecto "De la Prescripción Extintiva Civil", cuyos autores son el profesor Sr. Ramón Domínguez Aguila y el profesor ayudante Sr. Francisco Escalona Riveros; el año 2000 obtuvo el concurso de la Vicerrectoría el proyecto "La Boleta Bancaria de Garantía", del profesor Sr. Bruno Caprile Biermann.

Como es ya tradicional desde 1995, durante el año 1999 la Facultad convocó al **Concurso de Ensayos Jurídicos**, que tiene por objeto motivar a sus alumnos por profundizar sus conocimientos en un tema de su elección en las más variadas gamas del saber jurídico. Para la corrección de los ensayos se forman siete comisiones, integradas por los profesores de la Facultad, según sus especialidades, a saber: las comisiones de Derecho Romano e Historia del Derecho; de Derecho Político y Derecho Constitucional; de Derecho Público; de Derecho Civil y Comercial; de Derecho Procesal; de Derecho Penal y de Derecho Laboral, Económico y Tributario. El trabajo de cada comisión culmina con la selección del mejor traba-

jo de su especialidad; entre los trabajos seleccionados se escoge al mejor ensayo jurídico del concurso. La premiación del concurso versión 1999 se desarrolló durante la ceremonia de inauguración del año académico 2000, correspondiendo el galardón como mejor ensayo jurídico al trabajo "El delito de violación a la luz de la Ley 19.617", cuyos autores fueron los alumnos Andrés Trabazo B. y Andrés Valenzuela R. Actualmente ya se han publicado las bases del concurso versión 2000.

No podemos dejar de mencionar el **Curso de Técnicas de Estudio**, impartido para los alumnos de primer año por los profesores Gonzalo Rioseco Martínez, Decano de la Facultad sede Concepción, Gonzalo Rojas Sánchez y Rodrigo Colarte Olivares. La iniciativa se inserta en la constante preocupación por cooperar con los alumnos que inician sus estudios universitarios, brindándoles métodos y técnicas de estudio que les permitan sobrellevar el tránsito desde la enseñanza media al mundo universitario, mejorando así sus rendimientos académicos.

Finalmente, la Facultad se ha plegado a la iniciativa de la Dirección de Docencia en orden a formar a dos profesores de cada Facultad para crear una página web que sirva de apoyo a la docencia. Es así como la asignatura de Historia del Derecho ya cuenta con una **página web** a través de la cual los alumnos que la cursan pueden acceder a ciertos contenidos e información relevante del curso.

II. MAGISTER EN DERECHO DE LA EMPRESA

El año 1997, la sede Concepción de la Facultad de Derecho comenzó a impartir un Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa. El éxito de dicho programa académico, la necesidad de profundizar y completar tales estudios de especialización y la profunda convicción de que en los tiempos que vivimos constituye un imperativo el ofrecer a los licenciados en Derecho en general, y en especial a nuestros propios egresados, la posibilidad de profundizar sus estudios en esta área del derecho y obtener con ello un grado académico, condujeron a la Facultad a asumir el desafío de impartir, a contar del presente año académico, un Programa de Magíster en Derecho de la Empresa.

Este programa habilitará a los abogados que ejercen o aspiran a ejercer sus labores profesionales en el ámbito de la asesoría a empresas públicas o privadas, para entregar una sólida asesoría jurídica, que integre tanto estudios profundizados en el área del derecho más vinculada a los negocios, como también los conocimientos provenientes de otras disciplinas, fundamentalmente económicas, necesarios para

abordar exitosamente el desafío profesional que plantea la realidad jurídica empresarial.

El objetivo así descrito se satisface mediante la estructura otorgada a la malla curricular y con el concurso de un cuerpo académico formado por profesores de reconocido prestigio y una sólida preparación en cada una de las disciplinas que cultivan, obtenida en la mayor parte de los casos a través de estudios de postgrado (doctorados y magíster) o de una trayectoria profesional relevante.

Actualmente el magíster cuenta con 45 alumnos, distribuidos en sus dos años de duración. La malla curricular es la siguiente:

	Primer Trimestre	Segundo Trimestre	Tercer Trimestre
Primer Año Magister	Créditos, Garantías y Responsabilidad	La Tributación en el Ordenamiento Legal Chileno	Derecho Penal Económico
	Contabilidad y Análisis Financiero	Derecho Societario	Aspectos de la Contratación Laboral, Individual y Colectiva
Segundo Año Magister	Concentración y Colaboración de Empresas Multinacionales	Economía y Orden Público Económico	Titulación, Tesis o Examen Multidisciplinario
	Aspectos Contemporáneos de la Teoría General del Contrato	La Fiscalización Tributaria y la Aplicación Práctica del IVA	

La dirección del programa está a cargo del profesor Dr. Ramón Domínguez Águila y la coordinación académica a cargo de la profesora Sra. Amaya Alvez Marín.

El cuerpo docente está conformado por los siguientes profesores: Rodrigo Alvarez Z. (conferencista), Hernán Büchi B., Bruno Caprile B., Nicolás Cubillos S. (conferencista), Ana María Díaz M., Ramón Domínguez A., Carmen Domínguez H., Alejandro Dumay P., Elisabeth Emilfork S., Héctor Hernández B., Sergio Hernández O., Luis Herrera L., Arcadio Inostroza D., Cristián

Larroulet V., Julio Lavín V. (conferencista), Luis Lizama P., Daniel Peñailillo A., Pablo Rodríguez G., Ricardo Sandoval L., Marcelo Torres D., Rodrigo Ugalde P., Alejandro Vergara B. (conferencista), Arturo Yrarrázaval C. y Pedro Zelaya E.

III. ACTIVIDADES DE EXTENSIÓN

En lo que va corrido del año, la Facultad de Derecho ha organizado numerosos cursos, seminarios y charlas, en los que se han abordado no solo aspectos netamente jurídicos, sino también tópicos humanistas que son relevantes en la formación del hombre de derecho. Destacamos los siguientes:

El 19 de abril tuvo lugar la **clase inaugural del año Académico 2000**, intitulada **"Historia, Estado Actual y Problemas Pendientes de la Reforma Procesal Penal"**, en la que el Fiscal Nacional y profesor de Derecho Procesal Sr. Guillermo Piedrabuena Richard expuso su visión sobre el particular.

El mismo día el Sr. Piedrabuena dictó la conferencia **"Relaciones de los nuevos Fiscales con los Abogados y los Jueces"**, que contó con numerosa asistencia de miembros del foro y la magistratura penquista.

El seminario sobre **Derecho de Aguas**, que impartió el 13 de mayo el profesor y especialista en el tema Sr. Alejandro Vergara Blanco.

El curso **Derecho para Ejecutivos**, destinado a entregar a no especialistas conocimientos jurídicos que requieren para el desarrollo de sus funciones. El curso se estructuró en cuatro módulos, a saber: "El negocio inmobiliario desde la perspectiva legal", a cargo del profesor Sr. Bruno Caprile B.; "El derecho de los negocios, sus actores y principales instrumentos", a cargo del profesor Sr. Gabriel Rioseco E.; "El contribuyente y el S.I.I.", a cargo de los profesores Sres. Gerardo Sandoval G. y Jorge Montecinos A.; y finalmente, "El derecho laboral y la empresa", a cargo de los profesores Ana María Díaz M. y Jorge Ogalde M.

La conferencia sobre la **Monarquía Española**, realizada el 13 de junio de 2000, a cargo del profesor Sr. Eduardo Andrades Rivas.

El ciclo de charlas **"La imagen del Hombre en la Literatura"**, a cargo del profesor Pbro. Agostino Molteni. En sucesivas sesiones el expositor analizó "El Hombre cristiano a través de San Agustín y Dante Alighieri", "El Hombre moderno a través de Petrarca, Shakespeare, Calderón de la Barca, Rimbaud, Kafka y Eliot" y "Una esperanza para el Hombre moderno, a través de Chesterton, Leopardi y Peguy".

IV. VIDA ESTUDIANTIL

Con el curso del tiempo resulta natural que las instituciones maduren y comiencen a abordar iniciativas propias. Las organizaciones estudiantiles no escapan a esta regla. Paralelamente a sus ocupaciones estrictamente académicas, los estudiantes, organizados principalmente en torno al centro de alumnos, han desarrollado diversas actividades, entre las que destacamos las siguientes:

Durante el mes de marzo del año 2000 tuvo lugar la **semana mechona 2000**. En un clima de sana convivencia, se dio una cálida bienvenida a quienes ingresaban a esta casa de estudios superiores. Las actividades deportivas se combinaron con las de esparcimiento, entre las que destacó la tradicional fiesta mechona, y la ayuda social, cuyo beneficiaria fue esta vez la Sociedad Protectora de la Infancia Leonor Mascayano.

El contacto de un grupo de alumnos con los infantes se tradujo en la celebración de un **convenio entre el Centro de Alumnos de la Facultad con la Sociedad Protectora de la Infancia Leonor Mascayano**. El documento contempla no sólo la asistencia material, sino fundamentalmente el apoyo social, que se materializa mediante el contacto permanente de los estudiantes de derecho con los infantes que cobija la sociedad beneficiaria.

En otro orden de cosas, los alumnos de primer año tuvieron un **encuentro con don Joaquín Lavín Infante**, quien en un ambiente distendido e informal les transmitió la experiencia vivida como candidato a la Presidencia de la República.

Los temas de actualidad no han estado ajenos a las preocupaciones del Centro de Alumnos. Es así como el 28 de junio tuvo lugar un **debate acerca de la pena de muerte**, en el cual se expuso la normativa procesal y los argumentos a favor y en contra de la pena capital. Después de una exposición de los profesores Remberto Valdés H., Andrés Kunkar O. y Eduardo Andrades Rivas, los alumnos plantearon sus inquietudes a los panelistas y debatieron vivamente.

Finalmente, con motivo de la celebración de los diez años de la Facultad de Derecho –sede Concepción– y a fin de mantener el contacto permanente con sus egresados, el 26 de mayo tuvo lugar en el Country Club un **encuentro de profesores y egresados**. La reunión sirvió para recordar anécdotas, compartir inquietudes y reafirmar que la camaradería entre nuestros ex alumnos y el contacto con su Facultad debe perdurar aun después de su egreso de las aulas. Para mantener ese nexo se dispuso recabar los correos electrónicos de los egresados de modo de mantenerlos informados de las distintas actividades de la Facultad.

V. NÓMINA DE PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO SEDE CONCEPCIÓN

Eduardo Andrades Rivas
Amaya Alvez Marín
Alberto Arévalo Romero
Bruno Caprile Biermann
Francisco Capponi Galletti
Sergio Carrasco Delgado
Germán Concha Zavala
Eduardo Darritchón Pool
Jaime Dinamarca Gárate
Ana María Díaz Muñoz
Ramón Domínguez Aguila
Elisabeth Emilfork Soto
Alejandro Enríquez Yévenes
Federico Espinosa Muñoz
Osvaldo González Ransanz
Claudia Hurtado Espinoza
Sandra Hidalgo Pastorini
Fernando Jiménez Larraín
Andrés Kuncar Oneto
Enrique López Bourasseau
Hugo Larraín Prat
Carmen Manniello Huarcaya
Carlos Maturana Toledo
Jorge Montecinos Araya
Baltazar Morales Espinoza

Jorge Ogalde Muñoz
Waldo Ortega Jarpa
Eleodoro Ortiz Jiménez
Héctor Oberg Yañez
Jaime Pacheco Quezada
Gonzalo Rioseco Martínez
Gabriel Rioseco Enriquez
Paula Riquelme Aguilar
Eduardo Rojas Sepúlveda
Mario Rojas Sepúlveda
Fernando Rojas Sepúlveda
Gina Samith Vega
Eduardo Salas Cárcamo
Julio Salas Vivaldi
Mary Slight Alonso
Gerardo Sandoval Goüet
Ricardo Sandoval López
Marcelo San Martín Cerruti
Hugo Tapia Elorza
Enrique Tapia Rivera
Eduardo Tapia Elorza
Carolina Unzueta Oviedo
Federico Valdés Lafontaine
María Ignacia Vial Undurraga
Javier Zehnder Gillibrand



Discurso año académico 2000 (Sede Concepción)

Gonzalo Rioseco Martínez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO,
SEDE CONCEPCIÓN

Muchas son las circunstancias que nos permiten iniciar este año académico con especial satisfacción y optimismo.

En efecto, nos encontramos celebrando nuestros ya 10 años de vida académica como Facultad.

Lo lógico entonces, sería que diera cuenta ante ustedes de lo realizado en estos años, pero la verdad es que me motivan más el futuro y los proyectos que el pasado y lo realizado.

Sin embargo, como no puedo desconocer lo trascendente de esta fecha, permítanme una referencia especial para quienes a mi juicio han sido fundamentales en el trabajo desarrollado y éxito alcanzado en este tiempo.

En primer término un recuerdo muy especial y afectuoso a quienes me precedieron en la Decanatura. Me refiero al abogado Eduardo Fernández Flores, que sé que junto a Dios nos está observando y al abogado Gerardo Sandoval Goüet. Esta Facultad tiene mucho del sello personal de ambos.

No puedo dejar de recordar además, a quienes fueron directores de esta Facultad: señorita María Ignacia Vial Undurraga y señor Francisco Lavín Infante.

También quiero expresar mi agradecimiento y reconocimiento a todos y cada uno de los profesores de la Facultad. Sin duda se trata de un cuerpo docente de la más alta jerarquía, no sólo académica y profesional, sino que además personal.

De manera muy especial también quiero en esta oportunidad reconocer la eficiencia y lealtad de los profesores jornada que trabajan conmigo al interior de la Facultad.

Estimados señores profesores y profesoras, los invito a continuar invirtiendo parte de su tiempo en esta noble e importante tarea, cuyo único verdadero retorno es permitirnos ser influyentes en la juventud.

En este recuerdo familiar de los 10 años de nuestra Facultad no puedo dejar de mencionar a nuestras queridas secretarías, me refiero a la señora Renata y señorita Antonia. Realmente, les agradezco su trabajo y siempre buena disposición.

Finalmente, un reconocimiento muy especial para ustedes nuestros alumnos y un recuerdo también especial para nuestros egresados. Gracias por permitirnos ser parte de vuestra formación personal y profesional para la vida.

Quiero ahora contarles brevemente algunas de las actividades realizadas durante el año académico 1999.

Desarrollamos un importante trabajo de extensión, con más de 10 actividades abiertas a todo público, especialmente del ámbito jurídico local y nacional. Especial mención debo hacer al curso de actualización jurídica, donde abordamos con destacados profesores de Concepción y Santiago distintas áreas del derecho que han sido objeto de importantes modificaciones legales, como la nueva Ley de Filiación en sus distintos aspectos, también en materias procesales, tributarias, ambientales, penales, etc.

Se realizaron 12 actividades internas extracurriculares, donde debo destacar el desarrollo del llamado programa de visitas realizadas por los alumnos a notarías, conservadores, recintos penitenciarios, a la E. Corte Suprema, al Palacio de la Moneda, al Congreso Nacional, etc., como también a las charlas y encuentros que tienen con profesores de la Facultad y con destacadas personalidades del ámbito nacional.

En suma, durante el año 1999 asistieron más de 1.000 personas entre profesores, alumnos, abogados, profesionales de otras áreas y público en general, a los distintos seminarios, conferencias, ceremonias y actividades organizadas por la Facultad.

En otro orden de cosas, durante este período se adquirieron más de 400 nuevos volúmenes sobre materias jurídicas para los alumnos de pre y postgrado.

Aprovecho la oportunidad para invitarlos a intensificar el uso de este material. No olviden que los cuadernos deben constituir sólo un punto de referencia de la materia, siendo precisamente los libros los que les permitirán un acabado y serio estudio del derecho.

Durante el año 1999 se desarrolló la cuarta versión del denominado "Concurso de Ensayos Jurídicos".

A través de este concurso pretendemos darles un medio eficiente donde ustedes puedan desarrollar otra de las inquietudes propias que debe tener todo estudiante universitario, cual es la investigación.

Nuestro objetivo es que se preocupen por leer, analizar y luego escribir sobre algún tema respecto del cual les haya surgido inquietud, duda o, por qué no, una posición distinta a la tratada en las clases. En suma, buscamos con ello que logren un adiestramiento en los métodos y técnicas en la actividad investigativa, en el empleo adecuado de las fuentes jurídicas y en las formas de exposición jurídica escrita.

Felicito a los alumnos ganadores del pasado concurso, quienes serán objeto de reconocimiento en algunos minutos más, e invito y desafío a todos ustedes a participar este año.

Nuestra Facultad ha tenido una activa participación en los concursos convocados por la Vicerrectoría Académica referidos a "Proyectos para la docencia". Aprovecho de felicitar al profesor Mario Rojas Sepúlveda quien fue ganador de uno de los proyectos con el trabajo "**Texto de Derecho Procesal Penal**".

Puedo anunciar con especial satisfacción que para el Concurso de Investigación que ha convocado la Vicerrectoría Académica, ya tres de los profesores-jornada de nuestra Facultad me han informado de su decisión de postular.

Con ello queda demostrado que tanto la Facultad como la Universidad se incorporan cada año más al desarrollo de una de las actividades propias de la vida universitaria, como es la investigación.

Nos encontramos trabajando activamente en lo que será la publicación del segundo número de la Revista de Derecho denominada "Actualidad Jurídica".

Este segundo número, que estamos trabajando conjuntamente con la Facultad de Derecho de Santiago, esperamos se constituya en un aporte más a la literatura jurídica local y nacional.

Especial mención debo hacer al desarrollo de la Clínica Jurídica, adscrita a la asignatura de Derecho Penal II. A través de ella los alumnos tuvieron la oportunidad de asistir jurídicamente a menores privados de libertad.

En días pasados fui invitado por el profesor de la Clínica, señor Jaime Pacheco, y la encargada de este Proyecto dependiente del Sename, abogado señora Neli Navarro, a visitar las dependencias donde se encuen-

tran recluidos estos menores a quienes nuestros alumnos otorgan asistencia. Pude allí constatar lo trascendente del trabajo que se realiza. A nuestros alumnos les estamos dando la posibilidad de poner en práctica sus conocimientos teóricos, pero por sobre todo de conocer y convivir con una realidad social que demanda o espera de ellos y de todos nosotros no sólo soluciones jurídicas.

Como todos sabemos el sistema judicial chileno se encuentra en un proceso de cambio radical. Desde siempre hemos entendido y asumido el rol protagónico que tienen las universidades y particularmente las Facultades de Derecho en la implementación de esta reforma.

Lo anterior justifica los seminarios, talleres y cursos que hemos venido desarrollando en estos años relativos a estas nuevas materias.

Para el segundo semestre de este año académico hemos programado un curso taller obligatorio para los alumnos de quinto año, el que tendrá por objeto estudiar y profundizar en los distintos aspectos de la reforma.

En este contexto es particularmente importante para nosotros el poder contar en esta oportunidad con la presencia del señor Fiscal Nacional don Guillermo Piedrabuena Richard, quien dictará la clase inaugural del año académico 2000, tratando el tema **"Historia, estado actual y problemas pendientes de la Reforma Procesal Penal"**. Agradezco al señor Fiscal en nombre de la Universidad y de esta Facultad su participación en este acto.

Finalmente, en este breve recuento no puedo dejar de hacer mención al nuevo programa de postgrado iniciado durante este año en nuestra Facultad. En efecto, después de haber desarrollado durante tres años el "Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa", hemos decidido impartir a contar del año académico 2000 un "Magíster en Derecho de la Empresa". Para ello hemos obtenido el concurso de los más destacados académicos a nivel nacional en cada una de las áreas que se abordan. Así hoy día podemos hablar de una Facultad que cuenta con 350 alumnos en Pregrado y 46 alumnos en Postgrado.

Estimados alumnos: Hace algunos años, se estimaba necesario tener un título profesional. Hoy, esa idea ya no admite análisis ni cuestionamiento alguno. En estos tiempos que ustedes viven se habla del perfeccionamiento profesional, es decir, el pregrado universitario ya no es un fin, es simplemente una primera etapa del proceso de formación de un profesional. Vemos con agrado que ya cuatro de nuestros egresados se encuentran cursando actualmente el Magíster.

Al iniciar estas palabras les comenté que nos encontramos celebrando nuestro décimo año de vida académica, y es en estos instantes cuando prefiero mirar hacia adelante, más que lamentarme por lo no hecho en el pasado, ni menos regocijarme por el eventual éxito alcanzado.

Así es como prefiero proyectarme al futuro, por ejemplo a la celebración de los 20 años o más de la Facultad.

No cabe duda que la formación de un estudiante de derecho debe adecuarse a los cambios y evoluciones sociales. Tiendo a pensar que la nuestra es una de las pocas áreas del conocimiento que ha evolucionado y se ha adecuado sustancialmente en su fondo, pero muy poco en su forma.

Creo, además, que en los intentos de adecuación pudo haberse cometido el error de pretender cambios radicales, en circunstancias que si uno observa, los cambios sociales y culturales son producto de un proceso lento y el tema que estoy planteando es precisamente un tema que está en la cultura, en la tradición de los abogados. Por eso, debemos ser en esta materia especialmente cuidadosos, pero decididos.

Con este propósito en el seminario de "Reflexión y Análisis del Proyecto Institucional" que celebró la Universidad en enero pasado planteé nuestro interés por dar inicio a un proceso autoevaluativo al interior de la Facultad, el que debiera concluir con la opinión de pares evaluadores externos.

Tengo mucha confianza en el trabajo que con la colaboración de los profesores podamos realizar durante este año, en este sentido.

De este proceso autoevaluativo debieran surgir los proyectos y desafíos específicos del próximo tiempo, los que ciertamente deberán considerar conceptos hoy universales, como es la "globalización", sus consecuencias y sus efectos, o hechos objetivos como son los adelantos tecnológicos que invaden cada día más las actividades de los hombres.

Estimados jóvenes, como ustedes pueden ver, la Universidad y la Facultad a la que se han incorporado tienen clara su misión, y están dispuestas a seguir trabajando para consolidar su liderazgo y ser cada día mejor. Los invito entonces a que juntos saquemos adelante este desafío que se han propuesto. Para ello les pido concedan prioridad a sus estudios, sobre la base de una disciplina interior, la que más tarde les será útil para enfrentar los tropiezos y dificultades de la vida.

Dedíquense a los estudios, porque es la principal responsabilidad que les cabe en esta etapa de sus vidas.

La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes

Clase inaugural de año académico 2000,
Facultad de Derecho de Universidad
del Desarrollo de Concepción

Guillermo Piedrabuena Richard

Fiscal Nacional del Ministerio Público

La Universidad del Desarrollo, institución del más alto prestigio académico, y su Facultad de Derecho me han invitado a dictar una Clase Magistral sobre "La reforma procesal penal, historia, estado actual y temas pendientes", invitación que he aceptado gustosamente por estimar que esta universidad privada ocupa un lugar de vanguardia en la renovación jurídica que hoy inspira al país.

Sabido es que la reforma procesal penal, sea a través de los proyectos ya aprobados por el Congreso Nacional, vale decir, fundamentalmente la reforma constitucional, la ley orgánica del Ministerio Público y la que modifica el Código Orgánico de Tribunales, sea por intermedio de los proyectos pendientes sobre nuevo Código Procesal Penal y la defensoría penal pública, ha producido un fuerte impacto en la comunidad jurídica del país y en la ciudadanía en general.

En efecto, ha existido un consenso político y económico en el sentido de que el sistema actual de enjuiciamiento penal es precario y no satisface las necesidades de justicia siempre crecientes.

En forma resumida digamos que el actual sistema es defectuoso por falta de un juicio contradictorio, público, oral, que debe desarrollarse ante un tribunal distinto del juez de la instrucción, por la falta de un Ministerio Público en la primera instancia, por la falta de tribunales y fiscales en número suficiente, por la falta de estructuras y recursos necesarios para el funcionamiento de una justicia moderna, por la deficiencia de las investigaciones policiales, etc.

Para enfrentar cada uno de estos problemas, la reforma procesal penal propone diversas soluciones y estrategias, a saber el entregar la exclusividad en la dirección de la investigación penal a un órgano no jurisdiccional,

como son los fiscales, el establecimiento de un control de la instrucción por parte de los jueces de garantía, la regulación de varias salidas alternativas al conflicto penal, la instauración de un juicio público, oral, contradictorio, en que un tribunal sentenciador colegiado ponderará directamente las pruebas que se producen ante él y en que existe igualdad de armas entre la defensa del imputado y los acusadores públicos, el establecimiento de un procedimiento abreviado para evitar el juicio oral, etc.

Cabe reflexionar a esta altura sobre cuál ha sido la evolución histórica de la reforma procesal penal, porque ningún proceso importante empieza repentinamente sin tener raíces políticas y/o económicas y/o históricas.

Breve historia de los precedentes de la reforma procesal penal iniciada en 1994

Nuestro sistema de enjuiciamiento penal nació a la vida legal en 1906, con un gran atraso respecto de los sistemas comparados más avanzados. Esto está reconocido en el Mensaje del Proyecto de Código de Procedimiento Penal. El legislador de ese entonces estaba muy consciente de que el sistema estaba atrasado en relación a los sistemas europeos e incluso latinoamericanos, porque en derecho comparado no se acepta que la investigación esté a cargo del mismo órgano que va a sentenciar o fallar la acusación del Ministerio Público. Además, todos los sistemas comparados establecen un juicio público, contradictorio y las más de las veces oral, ante jurados o ante jueces de derecho sentenciadores que son distintos a los de la instrucción.

Las excusas del legislador de 1906 para no aprobar un sistema judicial penal más avanzado, como los existentes en países desarrollados, basadas en la pobreza de nuestro país, que no permitía tener la cantidad de jueces para un sistema más avanzado, no parecen sino que parcialmente plausibles. Quizás ello era explicable en un primer tiempo o por pocos años, pero no puede justificar la inercia legislativa de casi 100 años para decidirse a un cambio procesal profundo y técnicamente moderno.

Esta aprensión del legislador sobre la falta de recursos que no permiten avanzar en nuestra justicia, se ha repetido constantemente desde 1906 hasta ahora, paralizando cualquier mejoramiento sustancial de nuestra administración de justicia. Incluso más, en parte de la ciudadanía todavía persiste una falsa percepción de que es posible mejorar sustancialmente nuestra justicia penal sin necesidad de efectuar mayores inversiones en estructuras y dotaciones.

Ahora bien, el Código de 1906 consagraba la existencia de un Ministerio Público en la primera instancia como órgano formal que participaba como auxiliar en la instrucción y que al término de ésta proponía un sobreseimiento o formulaba una acusación formal en contra del procesado. El Código de Procedimiento Penal, la Ley Orgánica de Tribunales y luego el Código Orgánico de Tribunales concibieron al Ministerio Público como órgano independiente en el ejercicio de sus funciones, pero inserto en el Poder Judicial, en la disciplina judicial y por ello bajo la superintendencia directiva y disciplinaria de la Corte Suprema.

Al cabo de veinte años, el sistema se deterioró ostensiblemente al suprimirse el Ministerio Público en la primera instancia y establecerse que el propio juez de la instrucción procedería a formular la acusación y luego a la dictación de la sentencia condenatoria o absolutoria. El D.F.L. N° 426, de 1927, declaró 11 vacantes, por no ser indispensables, los cargos de promotores fiscales suprimiendo el ítem respectivo del presupuesto de justicia vigente. Se expresó como razón de la medida de vacancia, la necesidad de una mayor economía fiscal.

En verdad, al parecer las razones de esta supresión del Ministerio Público en primera instancia se debieron a que los promotores se habían transformado en entes burocráticos que componían un servicio que no estaba estructurado con una cabeza superior, lo que hacía a los comentaristas expresar que estos agentes del Ministerio Público eran como "soldados sin jefe y sin armas". Además, los cargos de promotores fiscales permanecían vacantes en muchas ocasiones y no había mayor interés de postulantes calificados.

Pero, quizás la consideración más importante para suprimir estos cargos se debió a que en 1925, en el D.L. N° 638, Orgánico del antiguo Consejo de Defensa Fiscal, se le había conferido a este nuevo organismo la atribución de defensa o representación del Fisco, asunto que se reitera en el D.F. L. N° 426, de 1927. Los promotores fiscales y los fiscales de las Cortes de Apelaciones, antes de esas fechas, también representaban al Fisco y no siempre habían sido muy celosos en el cumplimiento de este deber, de allí que el Poder Ejecutivo había creado en 1895 un cuerpo o Consejo de los Abogados del Tesoro para cumplir esta misma misión, aunque esta creación sólo tenía un respaldo reglamentario. Fue precisamente la primera ley orgánica del Consejo de Defensa Fiscal, en 1925, la que segregó de las atribuciones de los antiguos representantes del Ministerio Público, la de defender o representar los intereses fiscales y fue por ello que el D.F.L. N° 426, de 1927, consideró que era conveniente suprimir los promotores fiscales por razones de economía fiscal, dado que una de sus principales atribuciones había sido conferida al Consejo de Defensa Fiscal. De esta

manera se terminaron los conflictos de atribuciones entre este organismo y los fiscales de las Cortes de Apelaciones sobre este tema, de que da cuenta el historiador Gonzalo Vial en su obra *El Centenario del Consejo de Defensa del Estado*.

Según la citada obra de Gonzalo Vial, el desempeño de los promotores era deficiente. Gonzalo Vial expresaba: "La eficacia abogadil de los promotores, salvo excepciones en las ciudades importantes, no era buena"; su actuación judicial es, decía discretamente el Consejo el año 1901, "a veces no del todo correcta". Y para la actuación que desplegaron respecto a las tierras fiscales, el adjetivo sería más fuerte: "Deplorable" (1904). Además, en su historia de Chile, el mismo historiador nos cuenta de algunos escándalos en que se vieron envueltos algunos promotores de la zona norte en relación con la defensa del patrimonio fiscal en las salitreras.

A consecuencia de la supresión del Ministerio Público en primera instancia, a partir de 1927 se produjo la acumulación de las funciones de investigar, acusar y fallar, sistema que enfrentaba el absoluto repudio de la doctrina y que no tenía respaldo en ningún sistema respetable de enjuiciamiento criminal en el derecho comparado. Sesenta años después, la ley N° 18.857 acentuó aún más el defecto anterior al sustituir en el art. 424 del Código la referencia a la acusación fiscal por la acusación del propio juez de la instrucción, aun cuando pretendió resucitar parcialmente la actividad del Ministerio Público en primera instancia al establecerse en el nuevo art. 426 bis la atribución de los fiscales de las Cortes de Apelaciones para intervenir en primera instancia en ciertos casos de gravedad. Esta atribución casi no la ejercen por estimar los fiscales que es incompatible ejercer una función activa con su rol de dictaminar durante la segunda instancia.

En el intertanto, el legislador le fue otorgando al Consejo de Defensa del Estado diversas atribuciones que eran propias del Ministerio Público, confiando en la experiencia y éxito de dicho servicio en defensa del interés fiscal.

Una ley de hace treinta años le dio al Consejo atribuciones para hacerse parte en los procesos por ultrajes a las buenas costumbres o por delitos de la ley de bosques, y otra por los delitos de tráfico de estupefacientes y de drogas, sin que en estos casos estuviera comprometido el patrimonio fiscal.

Leyes posteriores le entregaron al Consejo atribuciones para hacerse parte en cualquier proceso penal en que estuviere comprometido el interés de la sociedad por grave daño social (Ley N° 19.202) y también en las investigaciones preliminares de los posibles delitos de lavado de dinero (Ley N° 19.366).

Sin embargo, el Consejo de Defensa del Estado no tiene autonomía constitucional y es un servicio de la Administración del Estado, dependiente de una u otra forma del Poder Ejecutivo. Por lo mismo, no tiene los atributos legales necesarios como para desempeñar un rol de Ministerio Público que pueda sostener la acción penal pública tratándose de cualquier tipo de delitos, sin perjuicio de que jamás se le dieron al Consejo los recursos suficientes como para reemplazar al Ministerio Público y que además sólo estaba organizado en los lugares de asiento de Corte y no en todo el país.

De otra parte, el Ministerio Público actual, formado por los fiscales de las Cortes de Apelaciones y por el fiscal de la Corte Suprema, está bastante absorbido por su función dictaminadora y por ello no asume activamente ningún papel como parte en los procesos por crimen o simple delito de acción pública en primera instancia, salvo excepciones, como por ejemplo en los procesos por ley de seguridad del Estado. Sin embargo, se observa un notorio aumento de la actividad de los fiscales en estos últimos tres años bajo la orientación del nuevo fiscal de la Corte Suprema.

Finalmente, respecto de los actuales fiscales, la Ley N° 19.519, que reformó la Constitución, y la Ley N° 19.665, que reformó el Código Orgánico de Tribunales, los denominan como "Fiscales Judiciales" para contraponerlos a los nuevos fiscales que no pertenecen al Poder Judicial.

No obstante que debe reconocerse que la acumulación de funciones de investigador, acusador y sentenciador constituye una permanente tentación para romper la imparcialidad del juez sentenciador que ha acusado previamente al procesado y que por ello debe terminar definitivamente esta distorsión, también es justo reconocer que la tradicional honestidad de nuestra judicatura constituyó siempre un justo equilibrio entre un sistema perjudicial a los derechos del acusado y la justicia que debía administrarse en cada caso. Fueron muchos los casos en que los jueces absolvieron, no obstante haber formulado una acusación, y en otros tantos fue la Corte de Apelaciones respectiva y hasta la Corte Suprema las que absolvieron, sin dejarse influir por la acusación del órgano jurisdiccional. Este reconocimiento es forzoso hacerlo, porque se ha presentado a la opinión pública, algunas veces, una imagen que no corresponde a nuestra historia judicial escrita con objetividad.

Es un contrasentido enorme llegar a fundamentar una sentencia en antecedentes de un sumario, las más de las veces secreto, en que no ha existido contradicción ni verdadera defensa del imputado, salvo excepciones. Si a esto se agrega que los intervinientes no son interrogados por el juez, sino que por los funcionarios actuarios, salvo los casos de delitos graves, el peligro de la indefensión y de la denegación de justicia es evidente e impli-

ca un desconocimiento del debido proceso que asegura la Constitución. A su vez, las estadísticas demuestran que sólo en casos excepcionales se rinde una prueba eficaz en el plenario que sirva para contrarrestar la prueba del sumario obtenida de manera unilateral y sin las garantías adecuadas.

En cuanto al colapso de la justicia penal en los grandes centros urbanos, para todos, incluso los no letrados, se hace evidente que las investigaciones son lentas e incompletas y que los fallos tardan muchos años antes de dictarse, lo que provoca desaliento y frustración en la ciudadanía. Además, cada vez más el juez de las grandes ciudades delega sus responsabilidades en los actuarios, hay veces que no tiene otra solución, y en las policías sin un adecuado control de la calidad y de la eficiencia de la investigación.

Nuestra opinión es que este colapso no se debe únicamente a la existencia de procedimientos penales defectuosos, sino que además al innegable aumento de los casos criminales, de la criminalidad y del clamor ciudadano para reclamar la acción de la justicia. Esta presión no podía ser solucionada mediante el tardío expediente de aumentar los tribunales cada cierto tiempo en forma muy moderada, de acuerdo a criterios estadísticos insuficientes. Ningún sistema procesal, ni aun el más perfecto, como podría serlo un sistema acusatorio avanzado, puede tener éxito si acaso no existen tribunales o recursos suficientes para atender la demanda de justicia.

Han sido muchas las reformas parciales para solucionar la crisis de la justicia penal. Algunas tardaron mucho en hacerse, y pese a la bondad de alguna de sus normas, no alcanzaron a plasmarse en la realidad nacional y a aplicarse en plenitud. Nos referimos, por ejemplo, a la Ley N° 18.857, de 1989.

Ninguna reforma total del sistema fue posible en Chile durante treinta años, no obstante las reiteradas inquietudes del Instituto de Ciencias Penales y de algunos connotados juristas, entre ellos algunos magistrados que clamaban por una radical transformación del enjuiciamiento criminal.

Los intentos más completos de reforma constituyeron los proyectos del ex Ministro don Rubén Galecio, durante el período del Presidente Frei Montalva y durante el gobierno militar. El proyecto Galecio alcanzó a ser aprobado por la Cámara de Diputados, en primer trámite, en el año 1970, sin que existiese perseverancia para impulsarlo en el Senado. El segundo proyecto Galecio, elaborado durante el Ministerio de don Miguel Schweitzer, no tuvo tampoco éxito, por la oposición de la Corte Suprema de ese entonces, que tenía temores infundados respecto de la creación futura de jueces sentenciadores distintos de los instructores, paso que consideraban como un salto al vacío, peligroso e inestable. Los proyectos Galecio no creaban

directamente los jueces sentenciadores, sino que preparaban el terreno para que esto ocurriera cuando el Estado resolviera entregar mayores recursos económicos a la Administración de Justicia. Sepultado el proyecto Galecio en el año 1976, el país vio como algunas de sus proposiciones eran aprovechadas en proyectos parciales en materias tales como la libertad provisional, el arraigo, etc. Incluso más, la Ley N° 18.857, en algunas de sus normas y fundamentaciones, es una copia textual del proyecto Galecio de 1976.

En la década de 1980, salvo la Ley N° 18.857, no hubo reacciones para afrontar la crisis penal, no obstante que los problemas se iban agudizando violentamente y la lentitud y la denegación de justicia se extendían por las regiones más pobladas del país.

Al comenzar la década de 1990, se efectuaron numerosos seminarios con participación de juristas extranjeros, que concluyeron que el proceso penal chileno atentaba contra los derechos humanos fundamentales y que contrariaba varios pactos internacionales de protección de estos derechos.

A consecuencia de lo anterior, como es de conocimiento del mundo académico, en los años 1993 y 1994 se inicia un vasto y profundo proceso de reformulación de la justicia penal, esfuerzo en que coincidieron juristas de varios sectores políticos y personeros de entidades privadas que reclamaban por el burocratismo y lentitud de la justicia penal. Este movimiento fue encabezado por la ex Ministra de Justicia Sra. Soledad Alvear, y contó además con el apoyo internacional de gobiernos y fundaciones extranjeras, públicas y privadas, entre ellas de EE.UU. y Alemania. Es importante señalar también el apoyo de algunas universidades privadas y de la Corporación de Promoción Universitaria y de la Fundación Paz Ciudadana.

El movimiento pro reforma además se inspira en la tendencia reformista que ha primado en varios países latinoamericanos, con fuerte influencia europea y norteamericana, y que propicia un sistema acusatorio que reemplace al actual sistema inquisitivo. En especial, es fuente del nuevo Código Procesal Penal el Código respectivo modelo para Iberoamérica.

Las bases de la reforma procesal penal fueron explicadas a un grupo de juristas y jueces reunidos en un foro y con su aprobación implícita se presentó el proyecto durante el año 1995 y luego se fueron presentando otros proyectos complementarios del nuevo Código Procesal Penal.

Durante la tramitación legislativa, el Gobierno advirtió que era indispensable sancionar una reforma constitucional para establecer un nuevo Ministerio Público, porque era cuestionable que la investigación de un proceso

penal no formara parte de las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales, y así mediante la Ley N° 19.519 se estableció expresamente esta atribución exclusiva de los fiscales a la que se calificó implícitamente como no jurisdiccional al definir dicha ley que los fiscales, si bien tenían la dirección exclusiva de la investigación, no podrían en caso alguno ejercer facultades jurisdiccionales.

Antes de referirme al estado actual de la reforma procesal y a los temas pendientes más importantes, quiero destacar las fortalezas del nuevo sistema que superan largamente las posibles debilidades o problemas concernientes a la implementación del mismo.

Sin duda, la principal fortaleza del nuevo sistema incide en primer lugar en el diagnóstico acertado en cuanto a la efectividad del colapso de la actual justicia penal y a la constatación evidente del sideral atraso de nuestro enjuiciamiento penal en relación a los sistemas comparados modernos no sólo de Europa y EE.UU., sino que también de varios países latinoamericanos. Cualquier persona puede verificar esta realidad y no es aceptable ninguna explicación de tipo pragmático que justifique la acumulación de funciones de investigar, acusar y fallar en un mismo órgano jurisdiccional.

Esta misma crítica certera señala que la ausencia del Ministerio Público en la primera instancia del proceso penal, como también la excesiva pasividad de los pocos fiscales judiciales que quedan del antiguo sistema, constituyen señales claras de una falta de representación del interés social como de control sobre las actuaciones de la justicia criminal, muchas veces controvertidas públicamente por diversos personeros públicos.

Por ello, constituye una fortaleza del nuevo proceso penal el que se contemple la participación abundante de numerosos fiscales, con el correspondiente financiamiento, para que opere el sistema en todo el país hasta llegar a un total de 625 fiscales, sin perjuicio de los 700 nuevos jueces de garantía y orales, de la inversión en nuevas construcciones judiciales e infraestructura, etc.

Por otra parte, el consenso político y social que respalda la reforma procesal penal no se ha dado en ningún otro proyecto anterior relativo a la administración de justicia. También ha sido notable el apoyo de fundaciones y entidades nacionales y extranjeras, con aportes de experiencias extranjeras y ofertas generosas de capacitación de los nuevos fiscales, jueces y policías.

También es importante consignar que por primera vez el Ministerio Público tiene un estatuto constitucional consagrado en el Capítulo VI A de la Constitución Política y mediante el cual esta nueva institución es de

raigambre constitucional, es autónoma, jerarquizada y además independiente de todos los Poderes del Estado, incluyendo del Poder Judicial y en especial de la Corte Suprema.

Aunque el punto constitucional es discutible y merece un análisis profundizado de los constitucionalistas y administrativistas, nuestra tesis es que el nuevo Ministerio Público no forma parte de lo que se conoce por Administración del Estado, sino que constituye una entidad de carácter constitucional, como lo es el Tribunal Constitucional, que tiene una ley orgánica propia y suficiente y que no se rige por la ley de bases de la Administración Pública, aun cuando parte importante de sus disposiciones formaron parte de la Ley N° 19.640 del Ministerio Público. Hay elementos en la historia de la Ley N° 19.640 del Ministerio Público y en la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa que avalan esta tesis. Es decir, si bien el nuevo Ministerio Público no pertenece al Poder Judicial, tampoco se inscribe en la noción de la Administración Pública, ni siquiera en su sentido amplio.

Esta noción del Ministerio Público constituye además una garantía de que por mandato de la Constitución tiene que cumplir sus atribuciones de persecución de la acción penal, de protección de víctimas y testigos, sin que ninguna restricción que afecte a la Administración Pública pueda interferir en su acción constitucional.

Este nuevo órgano constitucional debe ampliar la tradicional persecución penal con la importantísima misión de proteger a las víctimas y testigos, materia que fue agregada por el Congreso Nacional durante la tramitación de la reforma constitucional.

Punto importante es además la incorporación en el texto constitucional, por la vía de la indicación parlamentaria, de una norma que obliga al legislador a establecer que la investigación del fiscal debe ser racional y justa (art. 19 N° 3 inc. 5°). En nuestro concepto, si al legislador se le exige establecer normas que impongan la racionalidad y la justicia en la investigación, con mayor razón los fiscales deben en todo caso proceder de esta misma forma al dirigir la investigación penal que deben realizar.

De otra parte, estaríamos en presencia de nuevos agentes de la justicia, imbuidos por un espíritu renovado de cambio en la administración de justicia penal y en especial estaríamos en presencia de fiscales activos, en número suficiente y que se dedicarán personalmente a sus atribuciones de dirigir una investigación penal, proteger los derechos de las víctimas y de los testigos y sostener la acción penal pública.

Constituye un progreso notable del nuevo sistema, la presencia de un juicio oral, público y contradictorio, en que toda la ciudadanía pueda advertir la justicia de una sanción penal o de una absolución, lo que hace más humana y accesible la justicia, que se advierte actualmente como muy lejana y sujeta a veces a presiones e influencias. Existe actualmente un repudio generalizado en la opinión pública a la justicia secreta y cerrada de un sumario criminal que se ha llevado de manera unilateral ante un juez inquisitivo y a veces ante funcionarios que ejercen de hecho una función jurisdiccional que la ley no les ha otorgado.

Finalmente, la circunstancia de haberse entregado la dirección exclusiva de la investigación penal a los nuevos fiscales, mediante una instrucción desformalizada y resumida y dotándolos de la posibilidad de provocar salidas alternativas al conflicto penal bajo la superior tuición y control del juez de garantías, permitiría una investigación más eficiente y liberaría al Estado de la actual carga procesal, que es ineficiente y costosa.

Los factores anteriores, como otros muy positivos que sería muy largo de enumerar, asegurarían un pronto éxito del nuevo sistema, que debiera tener no sólo un fuerte respaldo político, sino que también económico.

Estado actual de la reforma procesal Penal y temas pendientes

Como es de conocimiento de ustedes, se han promulgado tres leyes básicas para el funcionamiento del nuevo sistema.

Mediante la Ley N° 19.519 se modificó la Constitución Política para crear un nuevo Capítulo VI A sobre el nuevo Ministerio Público, que es autónomo, jerárquico y que no depende del Poder Judicial ni de otros poderes del Estado.

Mediante la Ley N° 19.640 se aprobó el Estatuto Orgánico del nuevo Ministerio Público y se estableció la vigencia gradual del nuevo sistema durante varios años, a contar del 15 de diciembre del 2000.

Recientemente, la Ley N° 19.665 ha reformado el Código Orgánico para establecer los nuevos tribunales de garantía y del juicio oral que son esenciales para el funcionamiento del nuevo proceso penal.

Se encuentran pendientes tres proyectos de leyes que son de suma importancia para la reforma procesal penal, según pasamos a explicar.

El nuevo Código Procesal Penal está próximo a ser aprobado en particular por la Comisión de Legislación del Senado y es muy posible que la Sala lo

apruebe en el mes de mayo o junio próximos. Las modificaciones introducidas al proyecto aprobado por la Cámara son numerosas y algunas de ellas de gran importancia, puesto que introducen cambios de criterios respecto del anterior. Según cronograma del Ministerio de Justicia, encargado de esta iniciativa legal, presentado a la Comisión de Legislación del Senado, el proyecto podría convertirse en ley en el mes de agosto del presente año, si se acelera su tratamiento como está ocurriendo.

El conocimiento de sus normas definitivas es indispensable para la capacitación definitiva y final de los nuevos fiscales y de los nuevos jueces. La capacitación que se ha tenido hasta ahora es muy útil, pero es insuficiente para explicar acabadamente el nuevo sistema.

El segundo proyecto importante es el de la defensoría penal pública, que se encuentra próximo a aprobarse por la Cámara en primer trámite constitucional. La trascendencia de este proyecto reside en que el nuevo Código Procesal Penal trae como principio básico el que no pueda existir imputado sin defensa, sea durante el juicio oral o también en la instrucción, sancionando con nulidad la ausencia del defensor en las numerosas audiencias orales del nuevo proceso.

Es difícil determinar una fecha probable de aprobación de esta ley y aun más lo es vaticinar cuánto durará su implementación a lo largo de todo el país. En todo caso, según el art. 4° transitorio de la Ley N° 19.640, es condición esencial para que el sistema empiece a funcionar en la Región Metropolitana a contar del 15 de octubre del 2002 y en el resto de las regiones en el año 2003, que esté implementada la defensa penal pública. En el intertanto, el Estado a través de la Corporación de Asistencia Judicial deberá proveer el número de abogados o letrados suficientes para participar en el nuevo proceso penal en defensa del imputado y hemos sido informados que existe una programación al respecto de parte del Ministerio de Justicia, para la IV y IX Región.

El último proyecto dice relación con la adecuación del sistema legal chileno al nuevo proceso penal que aprobó la Cámara hace más de un año y que está pendiente en la Comisión de Legislación del Senado.

Este proyecto es de suma importancia, puesto que si se pretende que el nuevo Ministerio Público actúe como órgano penal persecutor en toda clase de delitos, hay que introducir ciertas reformas expresas a distintas leyes orgánicas, entre ellas las del Consejo de Defensa del Estado, Impuestos Internos, Aduanas, etc. Si esto no ocurre, habrá una gran discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la vigencia de las atribuciones de estos organismos especiales en materia de investigación penal y habrá

quienes sostengan que ha existido una derogación orgánica de tales potestades y habrá otros que sostengan lo contrario mientras las leyes orgánicas respectivas no se modifiquen o adecúen.

Hemos sido informados muy recientemente en la Comisión Coordinadora de la Reforma Procesal que preside el Ministro de Justicia, que algunas de estas normas se incorporarán en la misma ley que establece un nuevo Código Procesal Penal, por la urgencia de legislar al respecto.

Mediante el sistema aprobado por la Ley N° 19.640, en relación al art. 36 transitorio de la Constitución, a fines del año 2003 debería estar funcionando en plenitud el nuevo sistema procesal penal, con la totalidad de los fiscales que dicha ley dispone (hasta 625) y el total de jueces de garantía y orales previstos en la Ley N° 19.665 en todo el país, lo cual significa una implementación en estructuras, instalaciones, edificios, dotaciones, etc.

Ahora bien, la reforma sólo se aplica a los hechos ocurridos a contar de la puesta en vigencia en las distintas regiones, subsistiendo el antiguo régimen procesal, incluidos el actual Código de Procedimiento Penal, los actuales fiscales y los actuales jueces de letras que investigan, acusan y sentencian. Esto significa que durante un lapso coexistirán dos sistemas procesales en una misma región y además habrá regiones en que pueda aplicarse el sistema nuevo y otras que deberán esperar su turno a contar del año 2001.

Algunos temas pendientes

La reforma procesal penal es mucho más que la simple instauración de un juicio penal público y oral, aun cuando este es el punto más llamativo y mejor perfilado en el nuevo proceso.

Existen otros temas de suma importancia que no es posible analizar en el día de hoy y respecto de los cuales deberán efectuarse seminarios especializados en cuanto se apruebe el nuevo Código Procesal Penal.

Me refiero a temas tan relevantes como: a) La aplicación del principio de oportunidad para no investigar determinados delitos; b) Otras salidas alternativas como la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, el archivo provisional, etc. y c) La vigencia de las acciones constitucionales de amparo y protección en el nuevo proceso penal.

En nuestro concepto, la materia más compleja que afecta al nuevo sistema es la determinación en cada caso concreto de lo que se entiende

por "hechos ocurridos después de la entrada en vigencia" y la consecuencia de ello, que consiste en saber si se aplica el sistema procesal antiguo o nuevo y ante quién se recurre, y serán los tribunales los que deban interpretar este punto, caso a caso, siendo ineludible que coexistan ambos sistemas procesales, esto es, el regido por el actual y el regido por el nuevo Código Procesal Penal por un período no inferior a cinco años.

También preocupan algunos temas de carácter operativo y práctico que deben estar bien aclarados en la normativa legal próxima para evitar demoras y entorpecimientos.

Las materias operativas que preocupan a esta Fiscalía Nacional son, entre otras, las siguientes:

- 1) La custodia de los detenidos antes de su ingreso a una unidad penitenciaria, incluyendo el rol de gendarmería.
- 2) La custodia de las evidencias del delito, de sus instrumentos y efectos y quién está a cargo de la cadena de custodia para impedir que aquellos se deterioren o desaparezcan.
- 3) Las notificaciones en el nuevo proceso penal.
- 4) Las comunicaciones entre los fiscales y la policía.
- 5) Las comunicaciones entre los fiscales y los tribunales.
- 6) Los conflictos de atribuciones entre los fiscales y los jueces y/o con la policía.
- 7) Naturaleza de los registros que deben llevarse durante la instrucción tanto por el fiscal, el juez de garantía y la policía.

Las regulaciones de estas materias están siendo reexaminadas por la Comisión del Senado, a proposición del Fiscal Nacional.

Naturalmente estos temas podrán ser analizado en las universidades y foros profesionales, una vez que se conozca la normativa legal definitiva, cuando se promulgue el nuevo Código Procesal Penal.

Para terminar, digamos que existe un desafío a la sociedad chilena para afrontar el nuevo proceso de reforma procesal penal, al que se debe enfrentar con optimismo, pero también con el debido realismo.

Todo este proceso supone una gran creatividad jurídica, mucha discusión académica y universitaria y una intensa difusión y capacitación en la comunidad nacional, en especial en la jurídica.

En esta ocasión reafirmamos nuestra vocación de contribuir a esta importante tarea jurídica, expresando una vez más que la nueva justicia penal será más perfecta y más accesible a la ciudadanía una vez que se complete con éxito el proceso de transición en un plazo no inferior a cinco años. De esta manera, culminará un hermoso y renovado proceso de transformación de nuestra justicia penal, al que luego deberá sumarse nuestra justicia civil y toda la administración de justicia en general. Entonces, la misión de los juristas que se preocupan de los problemas de la administración de justicia podrá verse cumplida, porque se ha fortalecido nuestro Estado de Derecho al ampararse efectivamente los derechos de los ciudadanos hoy desprotegidos en el actual proceso penal.

Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia

Corte Suprema, 29 de junio de 2000

I. LA CAUSA

Santiago, veintinueve de junio del dos mil.

Vistos:

Por sentencia de 23 de agosto de 1996, escrita a fojas 419, el titular del Tercer Juzgado Civil de Punta Arenas rechazó la demanda de autos, por estimar que la acción deducida de conformidad al artículo 1893 del Código Civil, se encontraba prescrita, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1896 del mismo cuerpo legal, razón por la cual no se pronunció sobre el fondo del asunto;

Apelada esta sentencia por el demandante la Corte de Punta Arenas la confirmó, por sentencia de 26 de diciembre de 1998, escrita a fojas 772; para ello, tuvo en consideración que la acción concedida por el artículo 1893 del Código Civil es una derivación de la acción rescisoria por lesión enorme, cuya existencia ideal supone y, por lo tanto, aquella se extingue en el mismo término de prescripción que la segunda;

En contra de esta última, la demandante dedujo el recurso de casación en el fondo que se lee a fojas 774.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1°. Que este recurso se sustenta en los errores de derecho cometidos por la sentencia, al infringir los artículos 1896, 2514 y 2515 del Código Civil;

2°. Que, desarrollando sus fundamentos, en el recurso se expresa que la sentencia ha errado al entender que la acción del artículo 1893 del Código Civil prescribe en el mismo término que la acción rescisoria por lesión enorme, sin considerar que una y otra son distintas, y que el artículo 1896 del mismo cuerpo legal solamente se refiere a la que persigue, la anulación del

contrato, en tanto que aquélla es una acción crediticia, que cuenta con una causa de pedir y una cosa pedida diferentes a las que corresponden a la rescisoria; y, por lo expuesto, en el recurso se pide la anulación de la sentencia y su reemplazo por otra que acoja la demanda y declare que el Fisco de Chile sufrió lesión enorme y, por lo tanto, su comprador debe restituírle el mayor valor obtenido en la venta subsiguiente;

3°. Que los errores de derecho que representa el recurso, aún de ser efectivos, no han tenido influencia en lo decisorio de la sentencia, en el sentido que pretende el recurso; en efecto, el fallo impugnado no ha dado por establecidos los hechos que pide que se declaren en la sentencia de reemplazo, esto es, que el Fisco de Chile sufrió lesión enorme por haber vendido por menos de la mitad del justo precio de la cosa; en consecuencia, en el evento de estimarse que existieron los errores de derecho que se representan, esta Corte no podría acceder a dicha petición, por cuanto debe estarse a los hechos tal como los establecieron los jueces del mérito, entre los cuales no se encuentran los que sustentan la interpretación de derecho impetrada por el recurrente;

4°. Que si bien la circunstancia anterior es bastante para desechar el recurso, conviene agregar, en todo caso, que la interpretación dada en la sentencia a la extensión del artículo 1896 del Código Civil ha sido la correcta, en atención a que tanto la acción rescisoria como la que concede el artículo 1893, tienen como elemento común que el contrato esté afectado por un vicio –la lesión enorme sufrida por el vendedor– y lo cierto es que, una vez transcurrido el cuadrienio a que se refiere el artículo 1896, el acto se purga y desaparece virtualmente, en consecuencia, la causa de toda acción que pudiera asistir al vendedor;

5°. Que corrobora la conclusión anterior la circunstancia de resultar inadmisibile la tesis, sostenida por el recurso, según la cual la acción rescisoria prescribiría en un cuadrienio, en tanto que la concedida por el artículo 1893 subsistiría aún por otro año más, pues en tal evento esta última carecería de causa, en la medida que una vez transcurridos los cuatro años desde la fecha del contrato, éste quedaría plenamente saneado, de lo que se sigue que el vendedor no puede impugnarlo ni sustentar en él acción alguna que pudiera alterar la relación entre las partes, ni menos aún sustentar un nuevo vínculo del que pudiera emanar la obligación del comprador de restituir parte alguna de lo que, a su turno, hubiera recibido por una venta posterior del inmueble;

6°. Que, por lo tanto, no habiéndose demostrado que la sentencia haya incurrido en errores de derecho que autoricen su anulación, procede rechazar el recurso intentado en su contra.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido a fojas 774 por el abogado don Pedro Corti Ortiz, representando al Fisco de Chile, en contra de la sentencia de veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, escrita a fojas 772 y 773.

II. COMENTARIO

Sentencia de 29 de junio de 2000 de la Excma. Corte Suprema, recaída en recurso de casación en el fondo, en los autos caratulados "FISCO DE CHILE con SOCIEDAD FABRIL Y MADERERA DE LA PATAGONIA", Rol N° 19.232 del Tercer Juzgado Civil de Punta Arenas.

El problema que aborda esta sentencia ha sido objeto de varios comentarios doctrinarios. Se trata de establecer si el artículo 1893 del Código Civil consagra una acción ordinaria que sustituye la de rescisión por causa de lesión enorme, cuando el inmueble objeto de la acción es enajenada por el comprador, obteniendo por ella un cantidad superior al precio que, a su vez, éste pagó por la misma.

El artículo 1893 expresa que: "Perdida la cosa en poder del comprador no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato." El inciso segundo agrega: "Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa, salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella; pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta la concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte."

Se ha sostenido que en la última hipótesis propuesta no estaríamos frente a una acción de rescisión por causa de lesión enorme, sino de una acción crediticia sujeta a las reglas generales. Es en razón de ello que el plazo de prescripción no estaría regido por lo previsto en el artículo 1896 (cuatro años contados desde la fecha del contrato), sino por el plazo establecido en el artículo 2515 del Código Civil (tres años).

El fallo que comentamos, con una concisión magistral, señala que la correcta interpretación del artículo 1896 conduce a concluir que el plazo de prescripción es el mismo, así se trate de la acción de lesión enorme o del derecho a reclamar el exceso obtenido por el comprador que enajena

la cosa afectada por el vicio de rescisión. A juicio de la Corte, existen elementos comunes entre la acción regulada en el artículo 1888 y aquella otra regulada en el inciso segundo del artículo 1893. Aduce la sentencia, además, que no es admisible la interpretación según la cual la acción rescisoria prescribiría en cuatro años, en tanto la concedida en el artículo 1893 subsistiría por un año más, pues en tal evento "esta última carecería de causa", ya que transcurrido el cuadrienio el contrato queda irremisiblemente saneado. Tampoco podría afirmarse que ha surgido un nuevo vínculo entre los contratantes sobre el cual fuere posible fundarse la acción crediticia que se reclama.

La acción de lesión enorme, en consecuencia, toma diversas formas a la luz de las disposiciones que la reglamentan. Desde luego, si la sentencia definitiva acoge la rescisión, excepcionalmente, ella puede ser atajada por la parte en contra de quien se pronuncia la nulidad, mediante el ejercicio del denominado "derecho de rescate", reglamentado en artículo 1890; puede también " consentirse en la nulidad" y optarse por las prestaciones mutuas a que se refiere el artículo 1687; o, finalmente, en la hipótesis propuesta en el inciso segundo del artículo 1893, perseguirse el exceso obtenido por el comprador al enajenar la cosa, pero hasta concurrencia del justo precio. Sin embargo, como lo señala la Corte Suprema en la sentencia que comentamos, la acción es la misma (los elementos son comunes), sin perjuicio de que tenga diversos objetos, según las circunstancias.

La plasticidad de esta acción ha llevado a algunos comentaristas a sostener que ella convive con otra acción crediticia, cuyo fundamento se hallaría en la misma lesión enorme. Al encuentro de esta argumentación sale el fallo analizado, cuando reclama la "causa de aquella acción" que, ciertamente, no puede ser otra que el vicio de lesión enorme, el mismo que se purga por el transcurso del plazo fijado en el artículo 1896. Por lo tanto, desapareciendo la causa de rescisión (por efecto de la prescripción), es lógico entender que desaparece también cualquier otro derecho que sea consecuencia directa de la misma.

Este fallo, no obstante su concisión como se dijo, despeja una materia muy recurrente en la práctica y contribuye a fijar los términos precisos de la acción de lesión enorme.

La sentencia lleva la firma de los Ministros señores Oscar Carrasco Acuña, Eleodoro Ortiz Sepúlveda, Enrique Tapia Witting, y Jorge Rodríguez Ariztía y del abogado integrante don José Fernández Richards.



Rivas con Castillo

Corte Suprema, 24 de mayo de 2000

I. LA CAUSA

Santiago, veinticuatro de mayo del año dos mil.

VISTOS:

En causa rol N° 44.879 del Tercer Juzgado del Crimen de Temuco se ha investigado la existencia de un cuasidelito de homicidio en perjuicio de Magaly Andrea Castillo Acuña ocurrido en esa ciudad el 1° de septiembre de 1998 y la responsabilidad que en él pudiera haberle cabido al procesado José Guillermo Rivas Wottke.

Por sentencia de 7 de mayo de 1999, escrita a fs. 119 y siguientes, la sentenciadora absolvió al acusado y rechazó la acción civil, y apelado este fallo, la I. Corte de Apelaciones de Temuco lo confirmó por resolución de 26 de octubre del mismo año escrita a fs. 132.

En contra de esta última decisión, la defensa de la parte querellante, por el escrito de fs. 133 y siguientes, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, siendo el primero de ellos declarado inadmisibles por resolución de 14 de diciembre de 1999, escrita a fs. 143, y el segundo se trajo en relación con la misma fecha.

En la vista de la causa no se presentaron abogados a alegar.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO.

1. Que el recurso de casación en el fondo hecho valer por la parte querellante se sostiene en las causales 4ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, "en que la sentencia... calificando como lícito un hecho que la ley pena como delito, absuelve al acusado o no admite la querrela", y "en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya substancialmente en lo dispositivo de la sentencia".

2. Que ha quedado establecido como hecho de la causa en el motivo 2° del fallo de primera instancia, hecho suyo por los sentenciadores de segundo grado, "que el día 1° de septiembre de 1998 Magaly Castillo fue atropellada por un camión **cuando cruzaba la calzada de la Avenida Prieto (sic)** sufriendo lesiones que le provocaron una muerte instantánea", agregando en dicho fundamento que "los hechos descritos configuran el cuasidelito de homicidio que describe y sanciona el artículo 490 N° 1 del Código Penal».

Más adelante, en el considerando 3°, el sentenciador, aceptando sin reparos la versión del procesado de no haber visto a la peatón que atropelló, concluye que el conductor debe ser absuelto de la acusación porque no es efectivo que no haya respetado el derecho preferente de paso de la víctima, sino que, por el contrario, **"ella se estrelló contra la máquina sin que el conductor pudiera evitarlo"**.

3. Que para determinar si hubo infracción al numeral 4° del artículo 546 del Código Procesal Penal, que es la causal substantiva, es menester previamente examinar si hubo infracción a las leyes reguladoras de la prueba, esto es, si hubo infracción a la causal adjetiva invocada.

4. Que en su recurso la parte querellante sostiene que "la sentencia viola las leyes reguladoras de la prueba"... pues "conforme al artículo 486 del Código de Procedimiento Penal, presunciones son aquellas establecidas por la ley y constituyen, por sí mismas, una prueba completa, pero susceptibles de ser desvanecidas mediante la comprobación de ciertos hechos determinados por la misma ley". Agrega que en autos se encuentran acreditadas las presunciones de responsabilidad del acusado, que se derivan de las siguientes disposiciones: a) La del artículo 492 inciso 2° del Código Penal, esto es, cuando el atropello hubiere ocurrido en el cruce de las calzadas; b) La del artículo 172 N° 2 de la Ley 18.290, esto es, cuando el conductor no está atento a las condiciones del tránsito del momento; c) La del artículo 172 N° 10, de la ley citada, esto es, cuando el conductor no respeta el derecho preferente de paso del peatón, y esto, en relación con la norma contenida en el inciso 1° del artículo 138 de la Ley del Tránsito, pues de acuerdo con esta última disposición, al virar el conductor carece de toda preferencia y deberá respetar el derecho preferente de paso que tengan los peatones en los cruces o pasos reglamentarios a ellos destinados, estén o no demarcados; y d) La de la norma del artículo 172 N° 12 de la ley citada, esto es, conducir un vehículo sin llevar los elementos de seguridad necesarios, en relación con la exigencia del artículo 79 N° 3 de la misma ley, que establece que los vehículos motorizados de carga deben llevar, además, "dos espejos laterales externos".

Agrega que estas presunciones no han sido desvirtuadas por prueba alguna, y constituyen por sí mismas una prueba completa, las cuales están refrendadas por el Parte de fs. 3, el peritaje de fs. 13, el informe del SIAT de fs. 52 y las declaraciones de los testigos Baier, Fuentes, Cruz y Campos, cuyos testimonios, en la sentencia, han sido analizados parcialmente y en forma equívoca.

5. Que antes de entrar a analizar la efectividad de las infracciones denunciadas, debe hacerse presente que el sentenciador ha señalado en el considerando 2° de la sentencia de primera instancia como hecho de la causa, confirmado por la I. Corte, que Magaly Castillo fue atropellada por un camión **cuando cruzaba la calzada de la Avenida Prieto**, hecho absolutamente inexacto, pues como se desprende del parte policial de fs. 3, peritaje de fs. 13, informe SIAT de fs. 52 y declaraciones de los testigos Baier de fs. 46, Cruz de fs. 47, Fuentes de fs. 48 y Campos de fs. 51, se encuentra inequívocamente acreditado que el accidente se produjo cuando la víctima atravesaba por el paso de cebra **de la calle Pedro de Valdivia**, y no por la avenida Prieto, lo que revela, en la determinación de un hecho esencial del proceso, como es el lugar preciso del atropello, una falta de cuidado inexcusable de los sentenciadores.

Cabe señalar, asimismo, en relación con este último punto, que para absolver al acusado el tribunal considera el testimonio de la testigo Campos, en términos no relatados por ella, y que el testimonio de Fuentes de fs. 48, testigo presencial y que figura entre dichos elementos, no es analizado para desarrollar esa convicción.

6. Que de los testimonios de Sergio R. Baier Gómez de fs. 46, Ximena S. Cruz Sánchez de fs. 47 y de Juan C. Fuentes Zurita de fs. 48, todos testigos presenciales, y que reúnen las exigencias establecidas en el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que todos se encuentran contestes en que la víctima cruzaba la calle Pedro de Valdivia de Norte a Sur por el paso de cebra; que el camión conducido por el reo, que se dirigía de Norte a Sur por Avenida Prieto, viró ampliamente a la derecha invadiendo totalmente la pista contraria de Pedro de Valdivia, lo que obligó a detenerse a varios vehículos que se dirigían de Poniente a Oriente por dicha arteria, que es de doble calzada; y que el conductor no vio a la dama que cruzaba por el paso destinado a los peatones.

Uno de ellos, el testigo Baier, que conducía un vehículo, agrega que al conductor del camión le hizo señales con las manos y le tocó la bocina para advertirle la presencia de la peatón; a su vez, la testigo Cruz agrega que varios vehículos le tocaron la bocina para advertirle al conductor del peligro. Todos ellos concluyen que el accidente se debió a que el reo no tomó las precauciones necesarias para virar.

En cuanto al testimonio de Claudia Soledad Campos Muñoz de fs. 51, de él se desprende que no presenció el accidente y que solo vio a la víctima que caminaba delante de ella a una distancia importante –una cuadra– y un camión que viraba de Prieto a Pedro de Valdivia, y posteriormente, cuando llegó a la esquina de Pedro de Valdivia, una persona en el suelo atropellada por el camión.

A su vez, el informe SIAT de fs. 52 concluye que el accidente se produjo porque el conductor “no atento a las condiciones del tránsito del momento, efectúa una maniobra de viraje sin percatarse de la presencia y proximidad de la peatón, que efectúa el cruce de calle, lo que motiva no le ceda el derecho preferente de paso, siendo atropellada y aplastada, falleciendo”, antecedente que de acuerdo con el artículo 188 de la Ley del Tránsito debe ser estimado por el juez como una presunción fundada respecto de los hechos que afirman y de las conclusiones técnicas que establezcan, pudiendo incluso atribuírsele el mérito de plena prueba.

Cabe agregar, además, que del informe pericial de fs. 13, ratificado por la inspección ocular de fs. 7 vta., que es constitutivo de plena prueba, se desprende que los espejos retrovisores del móvil conducido por el reo no permitían observar hacia la parte posterior del vehículo.

7. Que para absolver al procesado los jueces del fondo no consideraron el testimonio de un testigo presencial (Fuentes de fs. 48); ponderaron parcialmente las declaraciones de testigos que se encontraban en el lugar de los hechos; se apoyaron en el testimonio de una testigo que no vio el accidente, y dejaron de ponderar el mérito del informe SIAT de fs. 52, el informe pericial de fs. 13, la inspección del tribunal de fs. 7 vta., y consecuentemente, el mérito de las presunciones que emanan de los artículos 492 inciso 2° del Código Penal y 172 N°s 2, 10 y 12 de la Ley 18.290.

8. Que los sentenciadores del fondo al resolver acerca de una causa deben analizar la totalidad de la prueba rendida y ponderarla individual y comparativamente, extrayendo las conclusiones de hecho que de su examen se desprenda, y por el contrario, resulta improcedente que se den por establecidos antecedentes parciales y no todos los que de ellos se desprendan.

9. Que el análisis integral de la prueba testimonial y de los otros medios de prueba, como asimismo de las presunciones legales que de ellos derivan, constituye una elemental norma reguladora de la prueba, y su omisión, esto es, su ponderación parcial, da origen al vicio de casación adjetivo invocado.

10. En consecuencia, perjudicando al reo Rivas Wottke cuatro (4) presunciones legales, que constituyen por sí mismas una prueba completa, sin que existan probanzas contrarias, la sentencia recurrida al absolver al reo ha vulnerado los principios señalados al no aplicarlos a una situación regulada por ellos, contravención que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, pues el reo, al hacerse un análisis global de la prueba rendida, debió ser condenado por cuasidelito de homicidio, por lo que concurren en este caso la causal de casación del N° 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, y por consecuencia, la causal del N° 4 del mismo artículo, por haberse calificado como lícito un hecho punible, vulnerando los artículos 2, 490 y 492 del Código Penal.

11. Que atendidas las conclusiones precedentes, se hace necesario anular la sentencia de segunda instancia que confirmó la de primer grado.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal y 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones citadas, se declara QUE SE ACOGE el recurso de casación en el fondo interpuesto en el primer otrosí del escrito de fs. 133 en contra de la sentencia de veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve escrita a fs. 132, la que en consecuencia es nula y se la reemplaza por la que a continuación y sin nueva vista separadamente, se pronuncia.

Regístrese.

Redacción del Ministro José Luis Pérez Zañartu.

Pronunciado por los Ministros señores Luis Correa B., Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U. y José Luis Pérez Z., y el abogado integrante señor Vivian Bullemore G. No firma el abogado integrante señor Bullemore, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinticuatro de mayo del año dos mil.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta acto continuo, sin nueva vista, la sentencia de reemplazo que corresponde.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia enalzada, pero se eliminan sus considerandos 2° y 4°. De las citas legales se elimina la del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE.

En cuanto a la acción penal.

1. Que los elementos de convicción que se han detallado en el fundamento Primero de la sentencia de primera instancia, que forman un conjunto de documentos, informes periciales, inspección personal del tribunal y declaraciones de testigos y que apreciados en forma legal, constituyen un conjunto de presunciones judiciales, que reúnen los requisitos de los N°s 1 y 2 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, que permiten concluir que se encuentra acreditado que el día 1° de septiembre de 1998, en Temuco, alrededor de las 9,12 horas, Magaly Andrea Castillo Acuña, que caminaba en dirección norte sur por la Avenida Prieto y al cruzar la calle Pedro de Valdivia por el paso peatonal existente en dicha arteria fue atropellada por un camión con remolque, que al circular por Avda. Prieto enfrentaba un signo Ceda el Paso, y que al virar a la derecha hacia la calle Pedro de Valdivia por su extrema longitud avanzó hacia el sur por Avda. Prieto sobrepasando parte de la calle Pedro de Valdivia e invadiendo parte de la calzada sur de esta última calle, y al tomar la pista que le correspondía, terminando el giro, alcanzó a la dama mencionada con sus ruedas traseras derechas, aplastándola y causándole una muerte instantánea.

2. Que los hechos descritos precedentemente son constitutivos del cuasidelito de homicidio previsto en el artículo 492 y sancionado en el artículo 490 N° 1, ambos del Código Penal.

3. Que prestando declaración indagatoria el conductor del camión José Guillermo Rivas Wottke a fs. 5 reconoce que el día y hora señalado conducía el camión patente DR-6340, con un carro acoplado plano bajo para

transporte de maquinaria pesada, por Avenida Prieto Norte en dirección norte sur, y que al llegar a la calle Pedro de Valdivia se detuvo porque enfrentaba un signo Ceda el Paso y además circulaba una micro, y como iba a virar a la derecha y el camión con su acoplado era muy largo, avanzó por Avda. Prieto al sur para girar con más amplitud, y al hacerlo a baja velocidad y sin personas al frente, sintió un movimiento en las ruedas traseras del carro, por lo que observó por el espejo retrovisor comprobando que había una señora tendida en el suelo atropellada, por lo que no se explica de donde salió.

4. Que esta declaración, que reúne todos los requisitos que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, permite tener por acreditada la participación del procesado en calidad de autor del referido cuasidelito.

5. Que para acreditar la responsabilidad del reo Rivas Wottke concurren, además de su confesión, las siguientes presunciones de responsabilidad:

a) La del artículo 492 inciso 2° del Código Penal, por haber ocurrido el accidente dentro del radio urbano de la ciudad y en el cruce de las calzadas, lo que se acredita por el informe SIAT de fs. 52 y las declaraciones de los testigos Baier Gómez de fs. 46, Cruz Sánchez de fs. 47, Fuentes Zurita de fs. 48 y Campos Muñoz de fs. 51, que reúnen los requisitos que establece el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal.

b) La del artículo 172 N° 2 de la Ley del Tránsito, en relación con la norma contenida en el inciso 2° del artículo 114 de la misma ley, esto es, no estar atento a las condiciones del tránsito del momento, lo que se encuentra probado con el mérito del mismo informe SIAT, que establece que ésta es la causa basal del accidente, y el testimonio de los testigos Baier, Cruz y Fuentes, señalados precedentemente, quienes declaran que el conductor no vio a la peatón, que miraba hacia adelante y que varios conductores le advirtieron del peligro tocándole la bocina y haciéndole señas con las manos para que se detuviera, lo que no hizo.

c) La del artículo 172 N° 10 de la Ley 18.290, en relación con la norma del artículo 138 del mismo cuerpo legal, esto es, no respetar el derecho preferente de paso de la peatón atropellada, pues el vehículo que vira pierde toda preferencia respecto del peatón en los cruces o pasos reglamentarios a ellos destinados, estén o no demarcados, lo que se encuentra suficientemente acreditado con el testimonio de los testigos mencionados en el acápite precedente y en el informe del SIAT de fs. 52.

d) La del artículo 172 N° 12 de la Ley 18.290, en relación con la norma contemplada en el artículo 79 N° 3 de la misma ley, que establece que los

camiones de carga, además del espejo retrovisor, deben llevar “dos espejos laterales externos”, los que naturalmente deben estar en un estado que permita su utilización adecuada. Se encuentra acreditado por el informe pericial de fs. 13 e inspección personal del tribunal de fs. 7 vta., que ellos se encontraban en deficientes condiciones, pues no cubrían completamente el entorno cercano del camión.

6. Que contestando la acusación a fs. 101, la defensa del procesado solicita su absolucón, por cuanto en su concepto conducía el vehículo a una velocidad razonable y prudente, que la estima en 5 kilómetros por hora, y que tomó todas las precauciones necesarias, dada la longitud de su acoplado, y que en estas condiciones, como la víctima debería haber ido atravesada a su trabajo, no se fijó en el acoplado, que es bajo y plano, y en consecuencia fue su imprudencia la que junto al viraje causó el accidente.

En subsidio, y para el evento de ser condenado, solicita que se le consideren en su favor dos atenuantes, la de su irreprochable conducta anterior y la de haber procurado reparar con celo el mal causado, y además, que se le conceda el beneficio de la remisión condicional de la pena.

7. Que no se dará lugar a su alegación de que fue la imprudencia de la víctima la causa basal del accidente, pues en este tipo de hechos el deber de cuidado corresponde al conductor, quien debe poner todo de sí para conducir con el máximo de precaución en el cruce de las calzadas, estar atento a las condiciones del tránsito del momento, respetar el derecho preferente de paso de los peatones y conducir con todos los elementos de seguridad, entre ellos los espejos retrovisores, en perfecto estado, lo que no ocurrió en autos, por lo que se presume su responsabilidad, y si bien es efectivo que las presunciones que le afectan de acuerdo con el artículo 486 del Código de Procedimiento Penal constituyen prueba completa, pero que pueden ser desvirtuadas con otras pruebas, es del caso considerar que el reo no ha rendido ninguna que lo exculpe.

8. Que se le reconocerá al procesado la atenuante de su irreprochable conducta anterior, contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, la que se encuentra acreditada con el extracto de filiación y antecedentes de fs. 117, del cual se desprende que no tiene anotaciones pretéritas, y con el testimonio de Esmerildo Olave Espinoza de fs. 12 y Sergio Alejandro Torres Belmar de fs. 12 vta. y certificados de fs. 38 y 39.

Que no se le reconocerá al reo la atenuante del N° 7 del artículo 11 del Código Penal, esto es, haber procurado con celo reparar el mal causado, por cuanto consta en autos que sólo ha hecho una consignación, la de fs. 35, lo que no revela el celo que exige la ley.



Que en lo relativo al beneficio de la remisión de la pena, deberá estarse a lo que se determine en la parte conclusiva de este fallo.

9. Que estando sancionado el ilícito de que es responsable Rivas Wottke con reclusión o relegación menor en sus grados mínimo a medio, y favoreciéndole una atenuante y no perjudicándole agravantes, el tribunal al determinar la pena deberá hacerlo en su grado mínimo, en la cuantía que se determinará en la parte resolutive de esta sentencia.

10. Que por lo razonado en la sentencia de casación y en este fallo, estos sentenciadores concuerdan con la opinión del Ministerio Público expresada en su dictamen de fs. 130.

En cuanto a la acción civil.

11. Que por el primer otrosí del escrito de fs. 94, los querellantes Ricardo Robinson Araneda Candia, cónyuge de la víctima Magaly Andrea Castillo Acuña, como consta del certificado de matrimonio de fs. 27, y Eduardo del Carmen Castillo Acuña, hermano legítimo de ella, como consta de los certificados de matrimonio de fs. 31 y de nacimiento de fs. 30, deducen acción civil en contra del reo José Guillermo Rivas Wottke, ya individualizado en autos, y de Guillermo Juan Siles Manríquez, industrial, domiciliado en Temuco, calle Las Heras 966, en su doble condición de empleador del conductor Rivas Wottke y de propietario del tracto camión Freightliner inscrito en el Registro de Vehículos Motorizados bajo el N° DR-6340-1, a fin de que se les condene a que indemnicen a los actores, solidariamente, por los perjuicios causados por el actuar ilícito del mencionado Rivas Wottke.

Señala el marido de la occisa que ella era una persona joven, sana, madre de un hijo común de 4 años, y que su repentina muerte causada por un horroroso accidente le ha provocado un dolor sordo, que se resiste a desaparecer con el paso del tiempo, máxime si la ausencia de la madre, que el hijo menor manifiesta a diario, está día a día presente en todas las actividades no sólo hogareñas, sino de todo orden social. Estima que este dolor intenso e inmenso es constitutivo de un daño moral, que a lo menos debe estimarse que asciende a cincuenta millones de pesos (\$50.000.000).

Agrega que la occisa, con apenas 29 años de edad, trabajaba en Establecimientos Gejman, en Temuco, con un sueldo mensual de \$ 170.000 y que atendido el término medio de vida del chileno, ella tenía a lo menos una perspectiva de vida laboral de 30 a 35 años, por lo que aparece que de no haber sido por el accidente que le costó la vida, habría un lucro cesante para su hogar de cuanto menos \$ 61.200.000 por los 30 años que le restaban de trabajo.

A su turno, Eduardo del Carmen Castillo Acuña, hermano de la víctima, relata que ha sufrido igualmente un dolor inmenso por la muerte de ella, con quien era muy unido, lo que también supone para él un daño moral que avalúa en \$ 30.000.000.

Agregan que las cantidades demandadas deben ser reajustadas con el 100 % de variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha del accidente que le costó la vida, o aquella que el tribunal estime, y la fecha del pago de la indemnización, y con más un 12% de interés, o el que el tribunal determine, entre la fecha del accidente y la del pago efectivo, o bien entre las fechas que el juez establezca.

12. Que por el primer otrosí del escrito de fs. 101 la defensa del reo Rivas Wottke solicita el rechazo de la acción civil, por cuanto en su concepto no se dan los presupuestos para tener por acreditado un cuasidelito penal.

Agrega que, en todo caso, la posible existencia de un cuasidelito no puede ser fuente de lucro para todos los familiares de la víctima, sino que ella debe beneficiar a su familia directa, como es el caso de los hijos, pero no puede extenderse a los hermanos de ella.

En subsidio, para el caso de ser condenado al pago de algún daño moral, solicita que para cuantificarlo debe considerarse también la situación y capacidad económica del reo.

13. Por el escrito de fs. 105 el tercero civil demandado Guillermo Luis Siles Manríquez solicita el rechazo de la demanda, por cuanto tiene la íntima convicción de que en el caso de autos no ha existido un delito o cuasidelito penado por la ley.

En relación con la acción deducida por el hermano de la víctima solicita el rechazo de la demanda, por cuanto él es una persona mayor de edad, autosuficiente laboralmente, y no cree que la obligación de indemnizar alcance a los hermanos de la víctima, cuando accionan los familiares directos de ella, por lo que estima que este actor no tiene titularidad de la acción y que el accidente que le costó la vida a su hermana no puede ser ocasión de lucro para él.

Respecto de la acción de lucro cesante del cónyuge, solicita no dar lugar a ella, pues la circunstancia de que la occisa hubiese sido una empleada de tienda no puede proyectarse matemáticamente y con absoluta certidumbre hacia el futuro, porque ello es una eventualidad, ya que ella podría haber renunciado a su trabajo, o haber sido despedida en el futuro próximo y no encontrar trabajo, etc., en el período que se dice que habría podido ser laboralmente activa.

En relación con la indemnización por daño moral, solicita que en el evento que se estime que corresponda, se fije una cantidad prudente y con reducción de un 50% por haberse expuesto la víctima al riesgo.

En su contestación, el tercero civil demandado reconoce ser propietario del camión y empleador del reo.

14. Que el artículo 2314 del Código Civil obliga al que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro a indemnizar los perjuicios causados, además de la pena que le corresponda por el delito o cuasidelito, y por disposición del artículo 2329 del mismo cuerpo legal, **todo daño** que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

15. Que en cuanto a la defensa del reo y del tercero civilmente responsable, deberá rechazarse su alegación de no tener responsabilidad en el ilícito cometido, por lo ya razonado en cuanto a la responsabilidad de Rivas Wottke como autor de un cuasidelito de homicidio, y en el caso de Siles Manríquez, por cuanto acreditada la responsabilidad del conductor nace para él también la responsabilidad civil y solidaria del propietario del vehículo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 174 inciso 2° de la Ley 18.290, como se acredita con el certificado de dominio del vehículo que rola a fs. 32 y 33, y por haberlo confesado espontáneamente en la contestación de la demanda.

16. Que las normas citadas en el considerando 14° obligan a reparar el perjuicio causado por el hecho ilícito, reparación que, como lo dispone la ley, debe ser completa, esto es, debe incluir también el daño moral demandado, y este daño consiste en la aflicción y dolor experimentado por el cónyuge de la víctima y su grupo familiar que se encuentra debidamente acreditado por el testimonio de Teosvaldo Joel Gajardo Garrido, Victoria del Carmen Queupumil Catricura, Ana María Navarrete Quintana, Mario Antonio Pinto Monardes, Guido Eraspo Ramírez Caipichun y Sergio Orlando Llanquilco Sepúlveda, que deponen de fs. 109 a 112, testigos que no han sido tachados y que cumplen los requisitos legales.

Que la indemnización del daño moral queda sujeta a la prudencia y equidad del juez, atendidas las circunstancias del caso, y este tribunal haciendo uso de su facultad la fija en la cantidad de quince millones de pesos (\$ 15.000.000), que deben pagar los demandados, solidariamente, al cónyuge de la víctima Ricardo Araneda Candia en la forma que se determinará en la conclusión.

17. Que en cuanto a la indemnización por el lucro cesante demandado,

debe tenerse presente que lo que la víctima obtenía por su trabajo formaba parte de su patrimonio reservado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150 del Código Civil, cuya administración le correspondía absolutamente y que tampoco ingresaba al haber de la sociedad conyugal.

Por otra parte, debe tenerse presente que tampoco puede existir certidumbre o seguridad absoluta que la víctima, de haber vivido, hubiese permanecido en el trabajo que tenía a la fecha de su fallecimiento por 30 o más años como se sostiene en la demanda civil, pues ella podría haber renunciado, o haber sido despedida y no poder encontrar trabajo nuevamente.

18. Que en todo caso, es de presumir que Magaly Castillo Acuña contribuía al mantenimiento del hogar común, lo que es habitual en los matrimonios jóvenes en que ambos laboran, contribución que se puede estimar en un 50% de su sueldo mensual, única cantidad fija y segura que obtenía por su trabajo, y atendido que con los documentos de fs. 90, 91 y 92 aparece que ella tenía un sueldo mensual base de \$ 142.000, debe concluirse que su contribución era de \$ 71.000 mensuales.

Por otra parte, atendido lo razonado en el fundamento precedente, en el sentido que no puede asegurarse una permanencia absoluta en el trabajo que ella tenía, cabe estimar prudencialmente una permanencia de cinco (5) años en él, por lo que con una contribución mensual de \$ 71.000 por un período de cinco años se puede determinar un lucro cesante de \$ 4.260.000 que debe ser indemnizado.

Este daño futuro, como sostiene el profesor A. Alessandri, "es cierto y por lo mismo, indemnizable cuando necesariamente ha de realizarse, sea **porque consiste en la prolongación de un estado de cosas existente** –tal el daño ocasionado a una persona por la **muerte de otra que la priva... de los recursos que le daba para subvenir a sus necesidades**" (*De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, págs. 214 y 215), o como sostiene el profesor Pablo Rodríguez cuando señala "que un ejemplo clásico de daño cierto futuro es el lucro cesante. Lo que una persona deja de ganar u obtener hacia el futuro, como consecuencia de un hecho que afecta la causa generadora de dicha utilidad, no es un daño actual, pero las condiciones que existen al momento de consumarse el ilícito... **son las que se proyectan razonablemente en términos de estimar cierto el efecto dañoso futuro**" (*Responsabilidad Extracontractual*, pág. 267).

19. Que en cuanto a la indemnización del daño moral reclamado por el hermano de la víctima, por las razones dadas con anterioridad, se dará lugar a él, pero la indemnización correspondiente se fijará en la cantidad de quinientos mil pesos (\$ 500.000).

20. Que en el caso de las indemnizaciones que se ordenan pagar no corresponde reducirlas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil, pues no se ha acreditado que la víctima del accidente se haya expuesto imprudentemente al riesgo, pero ellas deberán solucionarse debidamente reajustadas por la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y la fecha de su pago efectivo, con más los intereses legales.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 11 N°s 6 y 7, 15, 25, 30, 68, 69, 490 N° 1 y 492 del Código Penal, 79 N° 3, 114, 138, 172 N°s 2, 10 y 12, 174 inciso 2° y 188 de la Ley 18.290, 4 y 5 de la Ley 18.216, 108, 109, 110, 456 bis, 459, 473, 474, 476, 481, 488, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, y 150, 1725, 2314, 2329 y 2330 del Código Civil, SE REVOCA la sentencia de siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve escrita a fs. 119 y siguientes y en su lugar se declara-. **En cuanto a la acción penal.** A) Que se sanciona a José Guillermo Rivas Wottke, ya individualizado, a la pena de un año de reclusión menor en su grado mínimo y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y suspensión del carnet, permiso o autorización que lo habilite para conducir vehículos por el período de un año, como autor del cuasidelito de homicidio de Magaly Castillo Acuña ocurrido en la ciudad de Temuco el día 1° de septiembre de 1998, y al pago de las costas de la causa; y **en cuanto a la acción civil:** B) Que se acoge la demanda civil deducida por Ricardo Araneda Candia en el primer otrosí del escrito de fs. 94, sólo en cuanto José Guillermo Rivas Wottke y Guillermo Juan Siles Manríquez deben pagarle, solidariamente, la cantidad de quince millones de pesos (\$ 15.000.000) a título de indemnización del daño moral y cuatro millones doscientos sesenta mil pesos (\$ 4.260.000) a título de lucro cesante; C) Que se acoge la demanda civil deducida por Eduardo del Carmen Castillo Acuña en el primer otrosí del escrito de fs. 94, sólo en cuanto José Guillermo Rivas Wottke y Guillermo Juan Siles Manríquez deben pagarle, solidariamente, la cantidad de quinientos mil pesos (\$ 500.000) a título de indemnización del daño moral; D) Que las cantidades que se ordenan pagar deberán solucionarse en la forma establecida en el motivo 20 de esta sentencia; y E) Que no se condena en costas, por no haber obtenido los demandantes la totalidad de lo demandado.

La pena se le contará al reo desde que sea aprehendido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció en prisión preventiva, entre el 1° de septiembre de 1998, como consta de fs. 3, y el 8 del mismo mes y año, como consta de fs. 45.

Reuniendo el sentenciado los requisitos legales, se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo permanecer sometido al

control de Gendarmería de Chile durante el lapso de un año, y cumplir todas las exigencias establecidas en el artículo 5° de la Ley 18.216, especialmente la contenida en la letra d) de dicho artículo referida a la satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia.

Cúmplase con lo dispuesto en los artículos 509 bis del Código de Procedimiento Penal y 215 de la Ley 18.216.

Se observa a la señora Ester Valencia Durán, Juez Titular del Tercer Juzgado del Crimen de Temuco, y a los señores Ministros de esa I. Corte don Julio Cesar Grandón Castro y Leopoldo Llanos Sagristá y abogado integrante don Víctor Carmine Zúñiga la falta de cuidado que revela el estudio y resolución de los fallos de 7 de mayo y 26 de octubre de 1999, respectivamente. Anótese esta Nota de Demérito en la Hoja de Vida respectiva.

A su vez, se dejará constancia en la Hoja de Vida de la Sra. Fiscal de la I. Corte de Temuco doña Tatiana Román Beltramín una Anotación de Mérito por su dictamen de 23 de Junio de 1999, que rola a fs. 130 de estos autos, que revela estudio, acuciosidad y esmero sobresaliente.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro don José Luis Pérez Zañartu.

N° 4.125-99.

Pronunciado por los Ministros señores Luis Correa B., Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U. y José Luis Pérez Z., y el abogado integrante señor Vivian Bullemore G. No firma el abogado integrante señor Bullemore, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

II. COMENTARIO

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 24 de mayo de 2000 recaída en recurso de casación en el fondo, en causa penal seguida en el Tercer Juzgado del Crimen de Temuco por responsabilidad en accidente del tránsito.

La sentencia mencionada reviste varios aspectos interesantes que creemos necesario destacar, ya que revela un estudio cuidadoso de los antecedentes y deja en evidencia un cierto descuido por parte de quienes intervinieron en la sustanciación de este juicio.

1. El fallo de casación se hace cargo de las pruebas rendidas, una a una, estableciendo con precisión el lugar en que se produjo el accidente que costó la vida a la víctima, cuestión mal determinada por los sentenciadores. En el considerando séptimo, reprocha a estos últimos que “para absolver al procesado (chofer de un camión de carga) los jueces del fondo no consideraron el testimonio de un testigo presencial (Fuentes a fs. 48); ponderaron parcialmente las declaraciones de testigos que se encontraban en el lugar de los hechos; se apoyaron en el testimonio de una testigo que no vio el accidente, y dejaron de ponderar el mérito del informe SIAT de fs. 52, el informe pericial de fs. 13, la inspección del tribunal de fs. 7 vta., y consecuentemente, el mérito de las presunciones que emanan de los artículos 492 inciso 2° del Código Penal y 172 N°s 2 y 12 de la Ley N° 18.290”. Es difícil concebir que un fallo judicial pueda haberse pronunciado con un cúmulo tan expresivo de insuficiencias y errores. Probablemente sea esta una prueba más para estimar que la justicia penal ha colapsado y que no puede ella subsistir por mucho tiempo.

2. Conviene destacar que la Corte Suprema estimó necesario ejercer sus facultades disciplinarias, a fin de sancionar a los jueces que intervinieron en esta causa. A este respecto, se dejó constancia de “la falta de cuidado que revela el estudio y resolución de los fallos de 7 de mayo y 26 de octubre de 1999, respectivamente”. Así mismo, se dispuso que de ello quedara constancia en la Hoja de Vida de cada uno de los funcionarios afectados. No cabe sino celebrar que nuestro tribunal supremo procede con rigor cuando constata que los jueces hacen clara dejación de sus deberes fundamentales. Lo obrado debería servir de precedente para obrar de la misma manera en otros casos en que se evidencia falta de estudio y un cuidado mínimo.

3. Al resolverse sobre la acción civil, el fallo en comento se pronuncia sobre el alcance de la indemnización, sujeta, como es sabido, al principio de la reparación integral consagrado en el artículo 2329 del Código Civil.

Desde luego, el deber de indemnizar se hace recaer solidariamente, tanto en el autor del daño como en el propietario del vehículo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 174 inciso 2° de la Ley N° 18.290. Sobre el lucro cesante, la sentencia parte de la base que todo cuanto la víctima obtenía por su trabajo formaba parte de su patrimonio reservado (art. 150 del Código Civil) por tratarse de una mujer casada en régimen de sociedad conyugal, y que, si bien no existía certidumbre absoluta de que ella permaneciera en su puesto de trabajo, ello no es óbice para estimar prudencialmente una permanencia de cinco (5) años en él. La sentencia cita la opinión de algunos autores que dan certidumbre al daño futuro cuando la causa generadora del ingreso que se pierde, puede proyectarse razonablemente hacia el futuro. Si bien el argumento del fallo es correcto, no compartimos la estimación que se hace sobre la permanencia de la víctima en su puesto de trabajo por un período de cinco años. Lo anterior porque es un hecho de pública notoriedad, que no requiere probarse, que la mujer se ha incorporado al proceso productivo masivamente, razón por la cual es de presumir que si el trabajo que servía la víctima hubiere sido interrumpido, ello no implicaba que no desarrollara en el futuro otra actividad de la misma índole con una remuneración semejante. Lo que sí compartimos es atribuir su contribución al hogar, al menos, el 50% de sus ingresos.

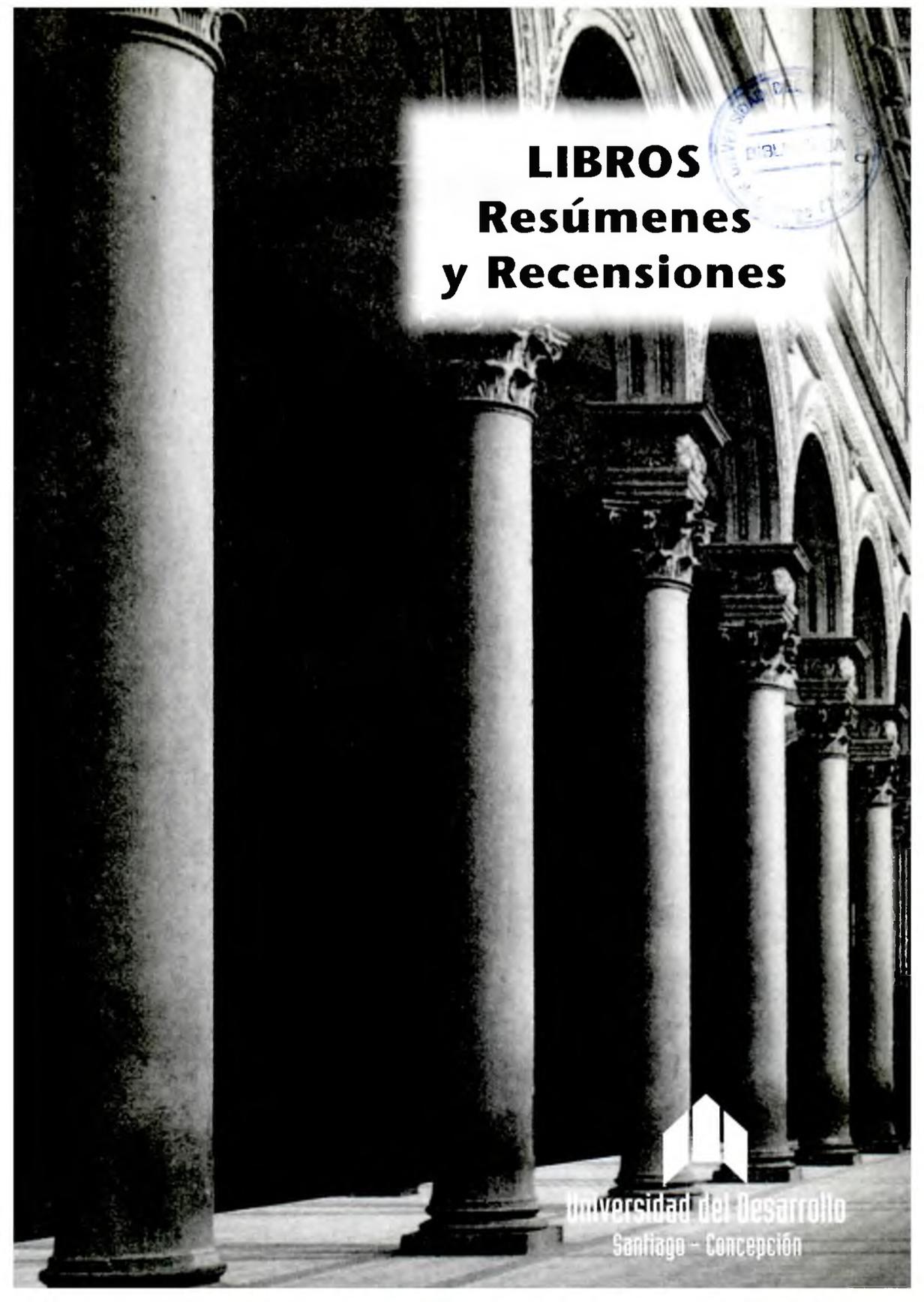
4. El fallo sostiene que "la indemnización del daño moral queda sujeta a la prudencia y equidad del juez, atendidas las circunstancias del caso". Esta reflexión resulta incompleta. En efecto, el daño moral corresponde a un perjuicio extrapatrimonial que afecta los sentimientos íntimos de la persona que lo sufre. Su apreciación debe estar fundada en las circunstancias que rodean el hecho en que tiene origen, todas las cuales, ciertamente, deben apreciarse con prudencia y equidad. De aquí que para su determinación deba recurrirse a las pruebas rendidas sobre el hecho que provoca el daño y las características del mismo. Sería altamente conveniente que la Corte Suprema fijara, en alguno de sus fallos, un criterio más preciso para definir el daño moral, sus alcances y los elementos a los cuales debe recurrirse para fijar su monto. En el caso de autos el daño moral es, efectivamente, "la aflicción y dolor experimentado por el cónyuge de la víctima y su grupo familiar". Pero este daño no siempre consiste en lo mismo (*pretium doloris*). De aquí la necesidad urgente de contar con una jurisprudencia más ambiciosa sobre aspecto tan relevante en el presente y el futuro.

5. La sentencia es particularmente acertada en cuanto en ella se hace lugar a la demanda civil de un hermano de la víctima por concepto del daño moral experimentado por la muerte de esta última. Una de las características distintivas del daño moral es su capacidad de expansión, puesto

que no sólo se afecta a la persona de los herederos, sino a todas las personas ligadas por lazos familiares, afectivos o amistosos con la víctima.

6. Celebramos la calidad, estudio y decisión de esta sentencia. Ella marca la preocupación de la Corte Suprema por hacer justicia más allá de formalismos inútiles. De la misma manera, la severidad que se emplea con jueces que no asumieron debidamente el ejercicio de sus altas funciones.

7. El fallo comentado lleva la firma de los Ministros Luis Correa Buló, Alberto Chaigneau del Campo, Enrique Cury Urzúa y José Luis Pérez Zañartu (redactor) ; del abogado integrante Vivian Bullemore Gallardo.



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Introducción al Derecho

de **Agustín Squella Narducci**

Editorial Jurídica de Chile,
Santiago
2000

Jaime Williams Benavente

Profesor de Introducción al Derecho
y de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CHILE

El libro está estructurado en seis grandes capítulos. El primero versa sobre derecho, sociedad y normas de conducta; el segundo, sobre el concepto de derecho, sus relaciones con la moral y los derechos fundamentales de la persona humana; el tercero trata las fuentes del derecho y, en particular, las fuentes formales en el derecho chileno; en el cuarto, el autor aborda la teoría del ordenamiento jurídico, sus divisiones y ramas; el quinto está dedicado a la interpretación e integración del derecho; finalmente, el último capítulo se centra en el análisis del concepto, funciones y fines del derecho.

Podría uno preguntarse: ¿un libro de introducción más? En nuestro medio no existe una cultura del libro ni menos el cultivarse redactando libros. Ya es un mérito atreverse a hacerlo, máxime si se trata de uno de carácter propedéutico, que, por su propia finalidad, ha de saber orientar a los alumnos que recién se asoman al mundo del derecho para trabajar con él y desde él. Por eso, hay dos peligros al redactar una obra de esta índole: la erudición informativa y la omisión de información. El único camino para sortear ambos escollos pasa por la calidad misma del autor de la obra. En efecto, si su formación es sólida, sabrá presentar y analizar los problemas en sus rasgos esenciales despejándolos de todo aquello que sea accidental y cambiante. Sólo así logrará informar sin atiborrar de datos y opiniones que oscurezcan los problemas, por una parte, y sin escamotear lo necesario, que los desfiguren, por otra. Pero eso tampoco basta. A mi juicio, los libros introductorios son los únicos que no se deben escribir al inicio de la actividad docente, al contrario, han de ser fruto de ella. En este caso, la experiencia académica del autor se empina sobre los treinta años. Ese es su sólido aval.

Es difícil, con todo, dar en "el justo medio", en el mesotés aristotélico. A las dificultades anteriores se añade otra, cual es que el ramo de Introducción al Derecho no es una disciplina de la ciencia jurídica, porque –por su fin mismo– no se centra en un objeto propio que le otorgue individualidad

y autonomía, sino que, al contrario, ha de mostrar una panorámica del mundo del Derecho. Al mostrar algo, el agente testimonia con sus propias palabras lo que percibe y relaciona aquello con otras realidades que le están vinculadas. En suma, valora qué dice, cuánto dice, cómo lo dice, por qué lo dice. De aquí que los libros introductorios tengan coincidencias y disimilitudes; tal como dos testigos de un mismo hecho son contéstes en determinadas afirmaciones y discrepantes en otras.

Este fenómeno ocurre con este libro: proporciona una visión panorámica del Derecho Positivo y de los problemas teóricos y prácticos que él implica, tales como su creación a través de distintos poderes normativos previstos y aceptados en una comunidad organizada, haciendo referencias a cómo ellos se presentan y resuelven en el ordenamiento jurídico chileno. Contiene, a mi juicio, aportes al conocimiento del Derecho que estimulan a repensar los enfoques y perspectivas docentes. Hay novedades que estimo equívocas o, a lo menos, no del todo satisfactorias. Tal es el caso de describir el control de constitucionalidad de la ley, por la vía del recurso de inaplicabilidad, junto a los recursos constitucionales que garantizan derechos personales amagados por un acto de autoridad, como ocurre con los recursos de amparo y de protección.

El profesor Squella acude a una fuente bibliográfica amplia y marcadamente contemporánea. Los nombres de Kelsen, Hart, Dworkin, Ross y otros son recurrentes. Echamos, sin embargo, de menos otros autores que supieron acuñar principios y conceptos de relevancia jurídica e incluso filosófica perdurablemente vigentes. He aquí algunos: Agustín de Hipona, que ha aportado conceptos tales como los de orden, paz, libertad, sin descuidar su delicada relación entre moral y derecho; Tomás de Aquino y su celebrada definición de ley, y su análisis de los diversos tipos de ella y de sus relaciones de fundamentación, obligatoriedad y conocimiento, sin descuidar su teoría sobre el bien común y sus siempre actuales vinculaciones entre el derecho y la justicia, donde son de destacar sus nociones de naturaleza y convención humanas, resaltando aquellas finas y precisas vinculaciones entre lo positivo y lo natural en el derecho a través de los conceptos procedimentales de "conclusión" y "determinación"; Guillermo de Ockam y su aporte a una nueva concepción jurídica: la del derecho como lícita potestad de actuar, que dio lugar al desarrollo de los derechos subjetivos. Sólo por nombrar algunos. Lo mismo podemos decir de clásicos griegos omitidos en el tratamiento de un concepto tan relevante como el de justicia. Platón, por ejemplo, quien la concibe como una idea asignadora o distribuidora de la posición y funciones de cada uno en el todo social, mientras Aristóteles, otro de los omitidos, se esfuerza en presentarla como una acción igualadora a propósito de cosas y tratamientos que se deben los hombres en sus relaciones de coordinación, supraordinación y subordi-

nación. De aquí las distinciones que aún hoy perduran: justicia particular en sus formas de intercambio de bienes y servicios, y de distribución o asignación de ellos; y justicia general en cuanto demanda la contribución proporcional de cada una de las partes con el respectivo todo social. Es importante lo que han dicho Nino, Javier de Lucas y Rawls sobre la justicia –tal como parece opinar el profesor Squella–, pero estimamos más formativo recordar directamente a los clásicos que forjaron los conceptos.

Omisiones de doctrinas relevantes también observamos en cuanto a la fundamentación de los derechos humanos, que el autor, con cierta latitud, trata. Referirse a tales derechos sin mencionar siquiera a su titular: la persona humana, y a las razones de su titularidad, conducirá siempre a un tratamiento incompleto, y por tanto insatisfactorio. Relacionado con esta misma temática, ni una palabra se dice acerca de aquellas teorías que afirman la existencia del Derecho Natural, y de sus vinculaciones con lo positivo en el Derecho. Hubo ocasión de tratar estos temas, por ejemplo, a propósito de las relaciones entre derecho y moral, o al presentar el problema de la obligatoriedad del derecho o, a lo menos, cuando se trató el tema de los valores jurídicos y, por cierto, la justicia y sus exigencias.

Historia del Derecho Natural, un Ensayo

de **Francisco Carpintero Benítez**

Universidad Autónoma de México,

México

1999

Julio Alvear Téllez

Profesor Titular de Ética y Filosofía Jurídica

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

En esta obra, el autor vuelve a un tema que es de su especialidad, y del cual ya había tratado de una manera igualmente amplia y general en su *Introducción...*, y en otras obras más específicas.¹

Su tesis principal la ha mantenido aquí, a saber, que la llamada Escuela Moderna de Derecho Natural es en realidad un trasunto jurídico de una corriente ideológica nítidamente liberal, que fue constituyendo toda una visión del hombre contraria a los presupuestos de una sociedad que, en mayor o menor medida, giraba en torno a la herencia del mundo grecorromano y medieval.

Esa herencia hacía sentir su presencia en el campo jurídico en una inteligencia compartida de lo que era el *ius naturale*, arrancado de los jurisprudentes romanos y del modo de operar y pensar el Derecho de los juristas del *ius commune* medieval hasta el siglo XVII.

A pesar de su multiplicidad de fuentes, e incluso de la equivocidad de alguna de sus interpretaciones, lo cierto es que el Derecho era entendido como una realidad extra legal –el dictamen legal era sólo una “cierta razón de derecho”, como decía Santo Tomás– que se iba configurando *ex propriis principiis rei*, desde las cosas, desde las exigencias del caso mismo, y en donde comparecía no un hombre abstracto sujeto de cualidades abstractas (“derechos”) sino un hombre concreto que se relacionaba con los demás siempre desde un “*officium*” o “*status*”. Esto significa que la persona, jurídicamente hablando, se concretaba en cada una de las manifestaciones fundamentales del hombre: ser marido, hijo, madre, funcionario, ciudadano. Ello era el fundamento de la justicia, que aparecía como un *medium rei*, una proporción entre las cosas que se deben y que por tanto se han de dar, y no como una legalidad que hay que mecánicamente aplicar o unos derechos –libertades– que hay que infinitamente satisfacer no se sabe con qué bienes.

¹ Vid. *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977; *Una Introducción a la Ciencia Jurídica*; Civitas, Madrid, 1988; *La Cabeza de Jano. Introducción a la filosofía jurídica kantiana*; Publicaciones Universidad de Cádiz; 1989.

Dado que el derecho pertenece al orden práctico, desde ese orden no se presentaban mayores problemas en el diseño del *ius naturale*, pues, en realidad, no había nada que “diseñar”, había sólo que *decidir* qué era lo justo concreto atendida cada situación singular, apelando a las distintas fuentes que permitieran exponer los fundamentos –la “*causa*”– del derecho y de la decisión que lo declaraba. No se estaba –y hoy tampoco– frente a un problema teórico, que se ha de resolver en abstracto: el asunto se situaba en un problema de resolución de títulos concretos, para lo cual era necesaria toda la sabiduría práctica –prudencia– posible.

La doctrina de la prudencia no es tratada en esta obra por Carpintero Benítez. Pero ella es la luz de lo jurídico, cosa que comprendemos si sólo miramos el fin del Derecho. El pensamiento moderno aquí defecionó. Ahogó el Derecho, porque camina a tientas respecto de la finalidad. Por un tiempo dejó de hablar de justicia, le pareció mejor sermonearnos sobre eso de la “aplicación de la ley” puesta por un poder del Estado. A lo más erudición legal, prudencia –o en términos referenciales, criterio jurídico, si se quiere– jamás. Si no mató la ciencia jurídica, fue en la misma medida en que no se pudo desligar de la exigencia de resolver realmente los conflictos jurídicos. A este respecto el autor afirma que *“es necesario sacar a colación el tema del medium rei propio de la justicia para mostrar como en el pensamiento jurídico medieval, que representa también a la jurisprudencia romana, el “objeto” o la cosa sujeta a discusión tiende a llevar la voz cantante. Este “hablar de cosas” se muestra fundamentalmente en que las normas aplicables existen en función de cada solución: primero está el problema, y su resolución adecuada discrimina las normas y principios que han de “regir” su solución. Así, los principios o normas no se imponen en nombre de la sublimidad o de su alta autoridad: más bien mendigan de la inteligencia del juzgador que se les tenga en cuenta para colaborar en la decisión del problema”* (p. 78).

Lo anterior es fundamental para comprender cómo los antiguos se acercaban al fenómeno jurídico, sea este natural o positivo. Los modernos son los que trajeron el mito y se quedaron con él. Por ejemplo, el mito del “normativismo”. No resisto citar textualmente a Carpintero Benítez. En este punto es límpido. *“La docencia de nuestras facultades de derecho consiste fundamentalmente en que el alumno memorice miles de normas, que ha de repetir en cada examen, normas que (se postula) pertenecen a un único ordenamiento normativo, favorece el espejismo de creer que la jurisprudencia consiste en aplicar normas “ya existentes” al caso que se nos somete a consideración. A veces, desde luego, sucede esto. Pero el supuesto en el que un caso queda atrapado inequívocamente por una norma, ni explica todo el derecho, ni es el supuesto fundamental del que hay que partir para explicar lo que hacen y han hecho diariamente los juristas. Es decir, el “ordenamiento jurídi-*

co" estaba compuesto para ellos por todo aquello que diera pie para argumentar racional o equitativamente (...). La única parte necesaria del derecho natural era la constituida por los principios generales de la razón práctica, comunes e indemostrables para todos los hombres, que los juristas solían llamar derecho divino natural (p. 78)". La norma, en este sentido, es tan normativa como mensurada.

Todo lo anterior no dejaba de acarrear problemas a la hora de sentar teóricamente de qué se estaba hablando cuando los autores se referían al derecho natural. A juicio del autor, "las dos fuentes fundamentales de nuestra cultura jurídica han sido históricamente el *Corpus Iuris Civilis*, con obras surgidas a su amparo, y el *Corpus Iuris Canonici*, en el que tanto contaban los cánones como los comentarios que los canonistas habían hecho sobre ellos. Esto implica que han existido dos puntos de arranque distintos a la hora de explicar qué era el derecho natural" (p.15-16). Estas dos fuentes concluían habitualmente en dos diversos modos de situarse en el origen del derecho natural, según se le entendiese como obra de la razón o de los instintos naturales del hombre.

Respecto de las fuentes jurídicas civiles, Carpintero Benítez repasa la obra de los grandes juristas medievales, Acursio, Bellapertica, Bartolo y Baldo, mostrando la indecisión con que, a su juicio, estos autores abordan la concepción y posterior distinción entre el derecho natural y el derecho de gentes. Debiendo reglar y resolver los conflictos humanos "*propter necessitates*", desde las necesidades concretas e históricas, el derecho natural aparece como "derogado" por un derecho de gentes que instituye positivamente, según el caso, la propiedad, la prescripción o la servidumbre. El estado "puro" de derecho natural sería, en mayor o menor medida, la *communis omnium possessio* o la *omnium unas libertas*, que viene a ser corregido por la positividad humana, con lo que Carpintero termina asimilando, al menos materialmente, aspectos decisivos de la jurisprudencia medieval a ciertos supuestos típicamente modernos, como el "*status naturae*".

Lo que hasta aquí hemos expuesto constituye lo que me parece ser el núcleo del Capítulo I de la obra de Carpintero Benítez, que titula, como ya se colegirá, "*Planteamientos medievales*".

En el Capítulo II, "*Tiempos de cambio*", el autor analiza el surgimiento del iusnaturalismo moderno, cuyas primeras semillas son fertilizadas en el humanismo jurídico y especialmente el *Mos Gallicus*. Las críticas feroces a los representantes del *Mos Italicus* cobran verosimilitud en la misma medida que éstos decaen en su talante jurídico y el denominado "Renacimiento" cultural se difunde con sus nuevos modos de sentir. De todos modos la

jurisprudencia del siglo XVI tuvo que adaptarse a las exigencias humanistas, haciendo entrar la historia, la filología y ciertas filosofías materialistas al campo de los cultivadores del derecho, que hasta entonces habían sido eminentemente prácticos, es decir, prudentes. La jurisprudencia no se renovó, pero lo que antes hacían los teólogos pasaron a hacerlo los juristas, ahora preocupados de asuntos especulativos, de corte ético y antropológico, desde donde se dio inicio a lo que después sería la ideología iusnaturalista.

Es así como gradualmente, sobre todo en las universidades y en los centros de irradiación de la cultura, se rechaza el derecho medieval en nombre del derecho romano "puro"; para después rechazar la vigencia del derecho romano en nombre del "derecho natural", es decir, de una especulación sobre el origen, fundamento, naturaleza y finalidad del derecho, de las leyes, del poder político y de la sociedad. El autor que marca la época de transición, al menos en el campo de las ideas, es Fernando Vazquez de Menchaca, a quien Carpintero Benítez le da una importancia quizás excesiva.

La proyección histórica del humanismo jurídico se dará en la pseudorreforma protestante. Poco a poco, el protestantismo siente la necesidad de utilizar nuevas formas jurídicas para rechazar el mundo católico y medieval. Se puede decir que el "derecho natural moderno" es hijo suyo. Son los autores protestantes quienes difuminan por las universidades europeas los "Tratados de Derecho Natural" conteniendo las nuevas doctrinas. Era eso lo que se les enseñaba a los estudiantes de derecho en el mundo protestante.

Carpintero describe con buena cantidad de citas el legado de insultos e ignorancias que nos dejaron estos autores respecto de la obra cultural jurídica práctica y filosófica del mundo que no adhirió a los reformados. En este sentido, previo a la labor de "construcción" de teorías, el iusnaturalismo se dedicó a "destruir" la obra jurídica de los siglos pasados, haciéndola desaparecer, o en su caso, denostando las obras y autores clásicos.

La nueva doctrina que comienza a circular profusamente con el nombre de *iuris naturalis disciplina*, sucesivamente perfeccionada por juristas como Pufendorf, Thomasius, Wolff, y los seguidores de Kant, entre muchos otros, la vamos a caracterizar del modo que sigue, lo que a nuestro juicio resume bien el pensamiento del autor del libro que comentamos:

1) Sustitución de la forma romanista de argumentar, dado que ya no son las "cosas" –es decir, el "estado" de cada persona o las exigencias que las situaciones concretas plantean–, sino el individuo aislado, independiente y autónomo (inexistente) lo que se ha de atender.

2) Lo "natural" es la libertad –y la mutua igualdad– de cada individuo, es decir, el derecho es una cualidad personal e indeterminada. Lo que posteriormente se denominaría como "derechos subjetivos" los iusnaturalistas lo entendieron como *qualitates morales personae competentes*.

3) El primer dato era el individuo con una libertad de arbitrio de carácter natural e ilimitado. El segundo dato era la restricción de esa libertad natural para constituir la sociedad. El derecho pasa a tener un carácter negativo-restrictivo y la sociedad, un origen pactual.

4) La obligación es completamente autónoma; no existen deberes, propiamente hablando, si el propio individuo no los ha establecido de algún modo para sí mismo.

5) Diseño de formas políticas que se presentaron como utópicas, porque eran opuestas a la sociedad propia del Antiguo Régimen, con sus jerarquías políticas y sociales, y su pluralismo jurídico. La intencionalidad política penetra todas sus construcciones teóricas: de ahí que por no responder a ese modelo la sociedad antigua ha de ser destruida en sus bases y en todas sus consecuencias. Propulsión de un nuevo "Estado" y de un derecho para ese Estado.

6) La norma dictada por una razón universal manifestada por el Estado se hace necesaria en la misma proporción en que decae la consideración de la realidad. El hombre iusnaturalista vuelve la espalda a la realidad y quiere, en su lugar, mandatos imperativos: las normas substituyen a los problemas; la autoridad de ellas se impuso al análisis razonable de lo regulado por ellas.

Desde una perspectiva más netamente antropológica, Carpintero Benítez precisa en el Capítulo III de su obra los que le parecen ser los puntos de partida de la doctrina del derecho natural de la Edad Moderna. Ellos son:

a) El predominio del método analítico-sintético, importado desde las ciencias físicas, para construir su doctrina política jurídica. El producto es siempre un *sistema* que ha de tener propiedades meramente lógicas y no reales para ser válido. Se suprime, en consecuencia, la distinción entre razón teórica y práctica.

b) El hombre vive naturalmente en un *status naturae*, siendo el pacto el punto de inflexión entre el hombre aislado y el hombre social. En diseño kantiano se concebirá al hombre con una libertad formal, negativa y vacía.

c) La finalidad del cuerpo social, creado mediante pactos, es crear derecho para hacer posible la igual libertad de todos los hombres, en el marco de una visión fundamentalmente individualista.

d) Mentalidad agnóstica y secularizada en la configuración de los deberes ético jurídicos.

e) El hedonismo es la perspectiva desde la que es pensable las relaciones de derecho privado.

Con la Ilustración, el iusnaturalismo va preparando el nacimiento de su hijo legítimo: el positivismo jurídico, en la medida en que comienza a sustentar:

i) La reducción del derecho a ley y la concepción imperativista de ésta.

ii) La ciencia jurídica con sus múltiples fuentes del derecho y su variedad de opiniones ha de ser desechada radicalmente, pues se opone a la idea ilustrada del derecho como un dictado claro y sencillo de la razón.

iii) Las dos grandes exigencias revolucionarias, la libertad completa y la igualdad total, han de ser establecidas legislativamente en todo proyecto de convivencia social.

De este modo, se llega a un "traspaso" del poder entre el iusnaturalismo y los movimientos positivistas que surgirían al alero de una legislación estatal que, en la medida de lo posible, había traducido a formas jurídicas la visión iusnaturalista del hombre y sus derechos, fruto de una razón totalizadora.

A lo largo de esta exposición he preferido seguir un método lineal dando relieve a los aspectos que me han parecido preponderantes, a fin de perfilar con claridad la evolución histórica de la que el libro trata, pero que no aparece hilada con la claridad que sería de desear. Ello porque el propio autor se resiste a seguir un método así, pues, dice, la historia tiene sus complejidades no asimilables de un modo lineal.

En este sentido, asimila, como hemos dicho arriba, aspectos de la jurisprudencia medieval a ciertos supuestos típicamente modernos, como el "*status naturae*" o la "*omnium unas libertas*", y en un cierto sentido, prescindiendo o no de Locke, *communis omnium possessio*. A mi juicio, no obstante que el autor cita algunos textos que le sirven de base para levantar esta hipótesis, no me parece cierta la conclusión. Ni siquiera probable. No me puedo detener aquí en esto, pero no es admisible hacer hablar a juristas

siempre "*preocupados de la vertiente práctica de las soluciones*", según lo reconoce él mismo, como filósofos. El sueño a la vez racionalista y materialista de una sociedad de hombres libres e iguales en estado natural, es un sueño moderno, no medieval. De Joaquín de Fiore o de Marsilio de Padua, enfrascados en una lucha contra la sociedad en que vivieron, se podrá decir que sueñan con cosas del género. Afirmarlo de los juristas medievales, en tanto medievales, me parece excesivo.

Algo análogo se puede decir de la concepción que el autor expone sobre la ley natural y el derecho natural. Le parece que Santo Tomás es, en alguna de sus soluciones, que en realidad son fundamentales –los *prima principia* o el tema del *derecho de gentes*–, confusos o tortuosos. A mí me parece que Santo Tomás es clarísimo. Quizás el problema radica en que el tema de la ley natural ha de ser explicitado, por vía ascendente, desde la noción de persona humana, que es una noción metafísica; y desde una noción integradora de lo que sea la ley eterna. Fuera de esa perspectiva no creo que sea posible entender a Santo Tomás.

Finalmente, a mi parecer, falta una visión más unitiva de lo que el autor denomina "pensamiento medieval" en torno al derecho. No es propio del hombre vivir en la contradicción, convivir con ella. Las diferencias entre las visiones del derecho natural que explica Carpintero Benítez como contradictorias bien pueden ser asumidas como distintos ámbitos de aproximación de una misma realidad, y no como dos extremos contrahechos pululando y destrozando una visión que el propio autor presenta en otros lugares de la obra de un modo bastante más unitario.

Lecciones de Introducción al Derecho

de **Jaime Williams Benavente**

Fundación de Ciencias Humanas,

Santiago

1999

Julio Alvear Téllez

Profesor Titular de Ética y Filosofía Jurídica

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE



La tercera edición de este libro, ya clásico en su género, presenta los diversos tópicos de la asignatura de Introducción al Derecho de un modo accesible y acabado. Los temas se distribuyen en siete partes, que bien pueden ser reconducidas a dos, y que en ediciones anteriores aparecieron en dos tomos: la teoría del ordenamiento jurídico, sus antecedentes, su origen, su naturaleza y finalidad, y la teoría del fundamento del Derecho que es la persona humana, a partir de la cual cobra sentido la realidad jurídica.

A pesar de ser un manual, la obra del Profesor Williams Benavente aporta doctrinas innovadoras tanto en el ámbito de la teoría general del derecho como en el de la filosofía jurídica.

Es de particular relevancia señalar aquí el tratamiento que realiza de las fuentes formales. No se limita él a estudiar los diversos "continentes" de las normas jurídicas que tradicionalmente se conocen con el nombre de "fuentes formales", sino que incluye en su análisis una visión sistemática y jerarquizada de las potestades normativas en cuanto originadoras de toda normatividad formalmente constituida. Con ello logra algo notable: abordar con una sola mirada, y desde el tópico de las fuentes formales, toda la unidad y diversidad del ordenamiento jurídico. Es esta visión de síntesis la que precisamente falta en la enseñanza de la Introducción al Derecho en Chile.

En este aspecto, el autor concibe la costumbre jurídica como un elemento jurídico lleno de sentido, que reivindica de algún modo frente al legalismo imperante. De este modo, concibe la costumbre jurídica como una fuente formal derivada de una potestad no estatal que denomina "potestad social", cuyo estudio resulta imprescindible para quien quiera comprender que el derecho, aún en la estructura público normativa más rígida, no es sólo una creación del Estado. En la misma perspectiva, estatuye la doctrina de la "potestad implícita del ordenamiento jurídico" para explicar el origen de la regla jurídica fundada en la equidad y en los principios generales del Derecho. Las anteriores creaciones son, a mi juicio notables y debieran estar presente en todos los análisis que se hacen del origen positivo de las normas jurídicas.

En el campo de la filosofía del derecho, el Profesor Williams Benavente abre cauce para un nuevo tratamiento de las relaciones entre derecho y moral. Al mismo tiempo que recoge la tradición del pensamiento clásico, refuta con facilidad los sistemas que confunden o que separan ambos órdenes normativos. De su maestro Sergio Cotta, el Profesor Williams Benavente propone, con maestría singular y propia, una aproximación existencial al derecho, aspecto desconocido en el medio jurídico chileno. Ello permite al lector situarse vivencialmente en el modo en que el Derecho se le presenta al hombre en sociedad, en todas sus distintas manifestaciones.

La riqueza de la obra exige, sin embargo, un análisis más sistemático.

La primera parte denominada *Teoría de las Normas de Conducta*, es el lugar apropiado para el análisis de la noción de norma en general y de la norma de conducta en particular. La norma, en general, es abordada con un planteamiento temático de distinciones y semejanzas entre las leyes científico naturales, las normas de conducta y las reglas técnicas. Se destacan sus cualidades desde el punto de vista lógico, gnoseológico y ontológico, siendo particularmente apropiada la diferencia que se hace entre leyes físico naturales y leyes científicas, normalmente olvidada en los tratados que se dedican al tema.

La teoría de las normas de conducta parte por una definición por las causas de éstas, lo que no es más que una consecuencia de la formación tomista del autor, y que en este caso ayuda grandemente a captar la esencia de la norma. En efecto, en el ser de la norma se puede reconocer una materia (el acto humano); una forma (la imperatividad u obligatoriedad, según la perspectiva); una finalidad (el bien común) y una consecuencia a modo de propiedad (la sanción). La causa eficiente no aparece aquí, pues obviamente ella ha de ser tratada junto al origen de la norma.

Posteriormente, se abordan las diversas clases de normas, caracterizándolas a partir de ciertos elementos de los cuales se puede discutir su mayor o menos convencionalidad, pero que en todo caso son habituales en los análisis de esta índole: la autonomía-heteronomía; la unilateralidad-bilateralidad; la exterioridad-interioridad; la coactividad. El autor sigue aquí una línea resueltamente realista y objetivista, por lo que lógicamente concluye afirmando que el derecho "tiene que ver" con el orden moral, por donde no se ha de llegar a la verdadera esencia del derecho a través de caminos puramente superficiales o formales. Queda por tratar la naturaleza de esa relación. Dentro del contexto más amplio de las relaciones entre los órdenes normativos, el Profesor Williams Benavente muestra los distintos diseños en que se puede, de un modo general, abordar los vínculos entre el derecho y la moral, mostrando la solidez filosófica de la postura que podríamos denominar cristiana.

La segunda parte se refiere a la *Estructura de la norma jurídica*, abordándola de un modo en que no quedan dudas de que se ha acotado el tema en el ámbito de las visiones generales. De la estructura de una norma jurídica hay problemas universales: el tema de las palabras, pues interesa saber cómo el hombre norma a través del lenguaje; el tema de la concatenación lógica de los términos, pues importa comprender hasta qué punto el lenguaje con que los hombres norman se expresa en aspectos lógico formales; el tema de los supuestos materiales, dado que con ellos y sólo con ellos una norma norma.

Lo primero es tratado en un capítulo dedicado a la estructura gramatical de la norma; lo segundo es analizado en el capítulo que estudia su estructura lógica, deteniéndose en autores como Kelsen, Cossio, Millas y Hart; lo tercero es abordado en el capítulo destinado a la estructura material de la norma, en donde se instruye al lector acerca de la relación jurídica, los sujetos de derecho, los atributos de la personalidad, el derecho subjetivo y su objeto, y la consecuencia jurídica, pequeño tratado acerca de la sanción y su importancia fenoménica.

La tercera parte es la *Teoría del ordenamiento jurídico*. Cuesta situarse en un tema que, al menos desde un punto de vista histórico, tiene raigambres tan claramente positivistas y formalistas. El autor en este punto evita centrar la explicación del ordenamiento jurídico desde los dogmas tan caros al pensamiento decimonónico sobre todo alemán. Pura y simplemente expone la doctrina del ordenamiento jurídico, no de un modo escolástico y podríamos decir ritual a que nos tienen acostumbrados tantos autores que fueron educados en aquella visión que tenía al Estado como el creador y el "dador" del derecho. Consciente en que aún no es el momento de romper con los lugares comunes, el autor trata de las características del ordenamiento jurídico y de sus fuentes materiales y formales como tradicionalmente se les ha expuesto, pero contrastándolas en todo momento con la realidad presente e histórica a fin de tornar la teoría en algo genuinamente explicativo y no evasivo de lo jurídico.

Ello se ve con especial singularidad en el análisis de la coherencia, la plenitud y la unidad del ordenamiento jurídico; y en la valoración de las diversas fuentes formales: la Constitución Política; la ley; los tratados internacionales; los decretos con jerarquía de ley; las normas de rango reglamentario; la jurisprudencia; la costumbre; los actos jurídicos. En este sentido, cobra especial interés el espacio dedicado al principio de supremacía constitucional, a los alcances reales de la jurisprudencia, y al valor filosófico jurídico de la costumbre de derecho.

A continuación, se hace una especie de balance –si se nos permite este término– de las divisiones y ramas del ordenamiento jurídico, para posteriormente pasar revista a los ámbitos de vigencia de él, de acuerdo con nuestra legislación civil.

Finalmente enfrenta el tema de *la aplicación del ordenamiento jurídico*. Utilizo ex profeso el vocablo “enfrenta”, pues de modo análogo a lo que sucede con las características y las fuentes del ordenamiento jurídico, la doctrina de la aplicación de éste es algo clásicamente estructurado a la usanza de la mentalidad del siglo XIX, amante del securitarismo jurídico francés, que tiene por padres a los revolucionarios franceses y a los ilustrados de la Escuela de la Exégesis. No conocían ellos la naturaleza humana tal como Dios la creó. Los primeros imaginaron que la sociedad era una cosa y resultó otra, pero en todo caso en el nombre de la libertad terminamos en una especie de despotismo normativo. Los segundos creyeron que la razón humana era a modo de dioses, omnisciente, y terminaron convirtiendo al juez en un funcionario sin sentido de justicia.

El Profesor Williams Benavente expone la interpretación jurídica de acuerdo con nuestro Código Civil. Es como si dijese –es en todo caso una interpretación mía– “no puedo hacer más, está en los Programas de la asignatura”, pues, en verdad, una crítica amplia a este respecto llevaría a reformar este tema desde sus fundamentos, lo que podría confundir –en este nivel– a los alumnos, quienes no tendrían los elementos de juicio para discernir lo que hay de verdadero y de falso en el enfoque legalista de la interpretación jurídica. Respecto a la integración del derecho, el autor se toma una mayor libertad mostrando de una manera inteligentemente sutil los callejones sin salida a que la doctrina clásica de las lagunas legales nos lleva.

La cuarta parte del libro –*La persona humana: fundamento del Derecho*– es, a mi juicio, la más importante de la obra, y aquella que le da su sello y que la distingue.

En efecto, son pocos los tratados de introducción al derecho que hablan de la persona humana. Es como si un estigmatismo jurídico impidiese ver los contornos desde los cuales el derecho puede ser reconocido. Es absurdo introducir al estudio del derecho sin hablar del quién del derecho. El autor, rompiendo los hielos que en estas materias, por modas intelectuales ridículas, nos impiden pensar, trata de la persona humana como el sujeto y protagonista del fenómeno jurídico. En una sintética visión, en un lenguaje ameno pero sólido, van apareciendo a los ojos del lector el derecho natural, el derecho y la justicia y la historia del iusnaturalismo.

En su quinta parte la obra se extiende en el tema de los valores. Quizás hubiese sido mejor denominarlo de los bienes, teniendo en cuenta que el Profesor Williams Benavente, en rigor, nos habla de éstos últimos con aquellas palabras, sobre todo en su capítulo primero referido al estudio de los valores. Pero es un problema de léxico. Lo cierto es que reafirma sus posturas objetivistas en materias ético jurídicas, desvendando, de paso, lo incorrecto de ciertas posturas contemporáneas de corte pragmatista, constructivista o materialista, por nombrar algunas hoy relevantes.

El libro concluye con una sexta parte dedicada al conocimiento jurídico. Es este realmente un apéndice de la obra, pues la introducción al derecho ya está perfeccionada, y todo lo que podamos decir del conocimiento jurídico lo hacemos, en propiedad, una vez que hemos captado lo que su objeto es. Se justifica, sin embargo, dedicar toda una parte, y la última, en este extenso trabajo, al conocimiento, en los actuales tiempos de relativismo en el que pareciera no que la verdad es inexistente –lo que es un mito– sino que todas las opiniones valen como vale la verdad. Se hace, por tanto, imprescindible fijar desde ya los distintos niveles epistemológicos en que se puede mover el estudio del derecho, y es precisamente lo que hace el autor.

El derecho como creación colectiva

de **Pablo Rodríguez Grez**

Ediciones Jurídicas

Universidad del Desarrollo,

1999

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

Como una especie de culminación de un trabajo que había comenzado con el ofrecimiento de una teoría propia de la interpretación jurídica, Pablo Rodríguez entrega ahora una elaboración de su visión de lo que es el derecho, o más específicamente de la estructura y funcionamiento del sistema jurídico. En cuatro capítulos dedicados al estudio de los presupuestos del Estado de Derecho y sus principios fundamentales (II y IV) y al análisis de la relación jurídica y al sistema jurídico en general (III y I), más una síntesis final que casi a regañadientes entrega el autor temeroso de que estas páginas finales sirvan para eludir la lectura completa del ensayo, se nos presenta una teoría global que pretende capturar en sus aspectos esenciales una visión original y personal sobre la realidad jurídica.

El título de la obra es afortunado en cuanto revela el núcleo sustancial de lo que el autor pretende transmitir, a saber, que el derecho, esto es, el sistema jurídico que funciona como presupuesto de un Estado de Derecho, no es obra exclusiva de los constituidos en autoridad (constituyentes, legisladores, gobernantes, etc.), ni siquiera de los agentes u operadores jurídicos (jueces, abogados, notarios, etc.), sino de todos los integrantes de la comunidad. El sistema jurídico, según Rodríguez, es una creación colectiva, en el sentido de que es una realidad de generación participada por todas las personas, autoridades y súbditos. Llega a esta tesis combinando la concepción normativista kelseniana, que sin duda constituye la matriz conceptual de la que el autor se nutre, con las teorías acerca de la concreción del derecho expuestas por Englisch (*La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. J. J. Gil Cremades, Universidad de Navarra, Pamplona, 1968). El derecho como compuesto de normas imperativas, lógicamente coherentes, sin fracturas ni lagunas, y esencialmente coercibles, y el derecho como comportamiento humano concreto y singularizado fundado en una intuición ética de justicia, parecen ideas antitéticas, pero son fusionadas aquí como elementos de una misma realidad. La herramienta conceptual que hace viable esta conmixción, es el dualismo "norma-regla" que atraviesa transversalmente la obra que comentamos. Esta fórmula aparecía ya como sustento de la teoría de la interpretación propiciada por Rodríguez, dividiendo el proceso de inter-

pretación en dos etapas: la de descubrimiento del sentido jurídico de la norma, y la de aplicación particular de ese sentido desentrañado; esta aplicación consistiría en un proceso de producción jurídica que tendría como resultado la elaboración de una "regla", entendida como un estándar jurídico que señala al destinatario cuál es la forma concreta y particular de seguir el mandato abstracto y general contenido en la norma. La norma se caracterizaría por su generalidad y abstracción; su cometido, más que regular la específica conducta de los individuos, sería el de disponer la aplicación de otras normas. La regla, por el contrario, tomando a las normas como base y fundamento de legitimidad, tendría como objeto una determinada y precisa conducta humana. De este modo, según el autor, la Constitución, las leyes en sus diversas formas, y los reglamentos emanados de la potestad del Ejecutivo serían, por su generalidad, normas; en cambio, los decretos e instrucciones emanados de la Administración, las sentencias judiciales que resuelven los conflictos entre particulares y los negocios jurídicos y contratos a los que da lugar el principio de la autonomía de la voluntad, serían reglas y no normas. Las primeras serían parte del derecho normativo, y las segundas del derecho regulatorio. Pero Rodríguez no sólo califica de reglas a las normas producidas por las estipulaciones negociales o contractuales de los particulares, sino a cualquier juicio particular que realice una persona para concretizar en una determinada actuación el marco general de un precepto normativo. Por eso, según el autor, el cumplimiento espontáneo del derecho que hace viable el funcionamiento del sistema jurídico pasa por una incesante e imperceptible producción de "reglas" por parte de los particulares regidos por las normas. Se trataría de reglas personales, tácitas y autocompuestas, en la terminología propiciada por Rodríguez. Son reglas "tácitas" por cuanto su generación no es el resultado de un proceso reflexivo o consciente de los individuos que acatan las normas; la regla es concebida más bien como un presupuesto lógico que utiliza el autor para explicar a posteriori la relación entre norma general y la conducta desarrollada en su aplicación. Diríase que "la regla" en esta visión es una categoría funcional que permite a Rodríguez salvar el abismo conceptual que se produce entre la abstracción de la norma y la concreción de la realidad jurídica. La regla permite conectar la norma con la realidad (el "deber ser" con el "ser").

Es indudable que la construcción reseñada representa un notable esfuerzo por superar la concepción normativista del derecho y refrescar la visión encorsetante y hermética que la teoría pura de Kelsen –simplificada en su divulgación–, ha llevado a adoptar a gran parte de los juristas nacionales. La ecuación "derecho = norma = poder estatal" parece romperse si se reconoce que el derecho más que norma es vida humana, conducta particular valorable en términos de justicia o injusticia. Se emancipa también el derecho de la autoridad estatal, y pasa a tener en su creación y desarrollo

un papel fundamental el ciudadano común y corriente. La libertad de los particulares adquiriría así una connotación y significado relevante si se la observa como una eficaz cooperadora en la construcción y realización del ordenamiento jurídico. Los individuos no aparecen como meros súbditos o sometidos al poder normativo estatal, sino como agentes constructores del mismo ordenamiento jurídico que los rige. En este sentido, nos parece que la doctrina del profesor Rodríguez debe ser considerada un aporte útil para obtener una comprensión más rica del fenómeno jurídico que la que nos ha proporcionado el positivismo legalista de viejo cuño.

No obstante, pensamos que el esfuerzo del autor no puede considerarse del todo logrado. En efecto, Rodríguez intenta remozar el normativismo y superarlo mediante la aplicación de los mismos mecanismos conceptuales que la teoría normativa ha forjado, y entonces es natural que lo que podía tener el propósito de dejar a un lado la visión positivista pasa a tener un resultado inverso, es decir, el de amagar todo posible apartamiento efectivo de la concepción formalista. Podríamos decir que en el libro de Rodríguez la idea de Englich de que el derecho está en la conducta concreta es fagocitada por Kelsen y su concepción de que el derecho está en la norma estatal o internacional. El recurso que utiliza el autor para dar cabida a la libertad individual y la conducta concreta es un concepto de raigambre claramente normativista: "la regla", que aparte de su característica singularidad no ofrece en el planteamiento que comentamos ningún otro rasgo distintivo de la norma. En el fondo el autor viene a afirmar que todo el derecho es norma; los particulares aplican el derecho forjando normas particulares deducibles de normas generales. Un mero cambio lingüístico no basta para transformar una concepción de fondo. La construcción kelseniana reaparece entonces en todo su esplendor: desde la norma hipotética fundamental que permite presuponer fácticamente la validez del entero ordenamiento, la identificación de la legitimidad para construir el derecho emanado de la autoridad estatal y la negación de cualquiera realidad propiamente jurídica fuera de lo que es el Estado, hasta la exclusión de la incidencia real de los valores y la justicia en la validez y obligatoriedad formal de las normas. Que el reconocimiento de la libertad de los particulares es más aparente que real en una concepción como la que criticamos queda claro del presupuesto sobre el cual se edifica el poder regulatorio de los particulares: según Rodríguez, los particulares para forjar sus propias reglas, tácitas, personales y autocompuestas, actúan como "autoridades estatales subrogadas"; su poder no es connatural a su situación de simples personas, sino que es derivado: obtenido por "delegación" del poder estatal. Más que creación colectiva o participada, habría que seguir hablando del derecho como creación estatal; sea por actividad propia de las autoridades públicas, sea por delegación de sus facultades.

Es sintomático de lo que sostenemos la dicotomía que se observa en la doctrina de Rodríguez entre la situación del individuo como creador del derecho objetivo y como elemento de la relación jurídica subjetiva. La consideración de la persona humana como autogestor del ordenamiento jurídico, tantas veces puesta de relieve a lo largo de las páginas de este ensayo, es curiosamente olvidada cuando el autor trata de la relación jurídica y del concepto de sujeto de derechos. Aquí el autor se refugia nuevamente en la postura normativista típica que no ve en el ser humano más que un centro de imputación normativa. La persona, de agente creador del derecho, pasa así a ser ella misma objeto de la creación normativa. El ciclo formalista parece cerrarse: las normas son lo único relevante en el mundo del derecho, de ellas derivan los sujetos del derecho, que son tales en la medida en que el complejo normativo les atribuye tal calidad; si ellos actúan creando normas particulares, lo hacen en virtud de una delegación normativa, y finalmente si actúan en el marco de actuación no determinado concretamente por las normas, están actuando en función de una norma ("regla") que, aunque ellos no lo sepan, inconscientemente han forjado como agentes delegados de la autoridad normativa.

La reivindicación que hace el autor de los principios del Estado de Derecho y de la autonomía y libertad de los particulares, puede ser fácilmente neutralizada siguiendo los presupuestos lógicos de su misma concepción. En efecto, si el Estado constituye el derecho a través de normas, no hay elemento superior alguno al que pueda apelarse para exigir que el sistema jurídico debiera ser de tal o cual manera. Incluso el poder delegado que tendrían los particulares, y en el cual basa Rodríguez su tesis de mayor apertura del ordenamiento hacia las personas, puede ser restringido o incluso suprimido, sin que tengamos ningún criterio que nos permita tachar de reprobable o antijurídica tal actitud. El Estado totalitario, si somos rigurosamente consecuentes con las premisas que nos ofrece el análisis que comentamos, debería ser reconocido también como un Estado de Derecho, puesto que el hecho de que las reglas sean atribuidas más a las autoridades estatales por actuación propia y no por actuación delegada no es más que un accidente que no puede incidir en la calificación del sistema jurídico en su conjunto. Pablo Rodríguez se resiste a afirmar esta consecuencia, y diferencia el Estado totalitario del Estado de Derecho en la necesidad de que este último no sobrepase en sus normas generales el ámbito de la generalidad y la abstracción de modo de dejar siempre un amplio espacio de libertad y de creación a los destinatarios de las normas. Pero a nuestro juicio aquí el autor realiza un juicio de valor: es decir, ha traspasado los límites que él mismo no desea traspasar al dejar fuera del ámbito jurídico el mundo de los valores y del deber ser: "lo estricta y puramente jurídico desdeña el enfoque axiológico" (pág. 15). Si esto es así, y si los particulares actúan como delegatarios del poder estatal, no vemos cómo

podríamos diferenciar entre un Estado democrático de Derecho y otro totalitario. Como Kelsen respecto de las leyes antisemitas, cabría reconocer que, desde esta perspectiva, el Estado totalitario es una monstruosidad, pero es Estado de Derecho. La mera exigencia de atenerse a un mínimo convencional y ético predominante en una determinada sociedad, como condición de la cognoscibilidad del ordenamiento jurídico (pág. 117), parece demasiado débil para justificar la distinción entre democracia y totalitarismo.

La discrepancia que dejamos asentada no nos impide, sin embargo, reconocer el aporte a la discusión y a la reflexión sobre los fundamentos del derecho que contiene la obra del profesor Rodríguez. Su habitual claridad expositiva, su riguroso método esquemático, en el que continuamente desarrolla los contenidos mediante denominaciones, categorías y clasificaciones, ayudan al lector a apreciar con precisión su pensamiento, sobre temas en los que el orden expositivo se agradece especialmente. Los méritos de la doctrina kelseniana, con algunos aportes obtenidos de Bobbio, en lo que se refiere al análisis interno de la estructura del ordenamiento jurídico, son también valiosos para quienes deseen incursionar en la famosa pirámide normativa con sus principios de coherencia, jerarquía y legitimidad formal. Meritorio nos parece también el intento del autor por liberarse del esquematismo kelseniano y destacar la importancia de los elementos existenciales del derecho, aunque, como queda dicho, nos parece que por ahora ese intento no ha alcanzado su meta.

ACTUALIDAD
JURIDICA

Revista de Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Normas para la presentación de trabajos

Los trabajos deberán enviarse en triplicado e incluir también una versión en diskette en formato Word para Office 97 u Office 2000.

Los autores que presenten artículos cuyos contenidos sean de algún modo similares a los trabajos ya publicados o que se han sometido a otros editores como parte de un trabajo más extenso, deben hacer presente esta situación en una carta adjunta.

Se deberá anteponer, en la primera hoja, un resumen de no más de 120 palabras (10 líneas).

Los trabajos deberán enviarse a:

Consejo Editorial,
Revista Actualidad Jurídica
de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo,
Avda Las Condes 12.584, Santiago, Chile.
Fonos: 299 91 84 - 299 91 87
E-mail: raj@santiago.udesarrollo.cl

No se devuelven originales.

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre	
Dirección	
Comuna	
Ciudad	País
Teléfono	Fax
Profesión/Carrera	
Universidad/Instituto	
Institución	
R.U.T.	E-mail

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Adjunto cheque cruzado:

a nombre de _____
por la suma de US\$/\$ _____ por _____ suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 10.000	\$ 16.000
América (Aéreo)	US\$ 25,00	US\$ 35,00
Europa y otros (Aéreo)	US\$ 25,00	US\$ 40,00

* Incluye gastos de envío e impuestos.

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

Revista Actualidad Jurídica
Avda. Las Condes 12.584
Santiago, Chile.

Fax: 299 92 83
E-mail: raj@santiago.udesarrollo.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 su Facultad de Santiago como la de Concepción.



R000683



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción