# ACTUALIDAD JURIDICA

Año XI N° 21 Enero 2010

FACULTADES DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Nuevas fuentes
de responsabilidad civil

•

Revisión judicial
de la regulación económica

•

Irretroactividad de
las sanciones administrativas

Universidad del Desarrollo
SANTIAGO – CONCEPCION

# ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

**Año XI, N° 21 - Enero 2010**

**Universidad del Desarrollo**
Facultades de Derecho

C. 2

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

**Director**
Pablo Rodríguez G.

**Editor**
Hugo Fábrega V.

**Representante Legal**
Ernesto Silva B.

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

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

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

Impresión: OGRAMA

# Índice de contenidos


- **Presentación** ..... 5

**Tema central:** *Las nuevas fuentes de responsabilidad civil*

- **Responsabilidad extracontractual colectiva**. P. Rodríguez G. ..... 9
- **Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva. Instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno.** J. L. Varela D. ..... 49
- **La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos**. S. Mancieaux ..... 71
- **Los Acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia**. J. C. Valdivia P. ..... 89
- **La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio.** R. F. Campusano D. ..... 113

**Ensayos y Estudios**

- **Derecho en la Educación**. L. Bates H. ..... 153
- **Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez**. H. Rosende A. ..... 171
- **Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas**. J. Femenías S. ..... 209
- **El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la ley Chilecompra**. J. M. Díaz de Valdés J. - S. Verdugo R. ..... 225
- **Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile**. J. F. García G. ..... 255
- **La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica**. I. Aróstica M. ..... 317
- **Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados**. M. F. Juppet E. ..... 325
- **La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia**. C. Halpern M. – H. Humeres N. ..... 345
- **El recurso de casación en materia tributaria**. C. Blanche R. ..... 375
- **Eficiencia administrativa, obligación legal incumplida**. H. Alvarez C. ..... 387
- **Jurisprudencia, ¿sirve para algo?** H. Oberg Y. ..... 403
- **La reforma procesal civil en materia probatoria**. E. Rioseco E. ..... 407
- **Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil**. G. Cortez M. ..... 413

- **Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional**. P. Marshall B. ..... 429
- **La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España. Notas contextuales**. R. Ramírez H. . ..... 451
- **La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile**. J. Pacheco Q. ..... 493
- **Las sociedades por acciones SpA**. J. M. Sarroca P. ..... 515


## Análisis Jurisprudencial


- **A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico.** J. Alvear T. ..... 535


## Actividades de las Facultades


- **Facultad de Derecho, sede Santiago**. T. Siles D. ..... 559
- **Facultad de Derecho, sede Concepción**. B. Caprile B. ..... 567


## Libro homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez


- **Introducción**. H. Fábrega V. ..... 575
- **Discurso de presentación**. H. Rosende A. . ..... 577
- **Discurso de agradecimiento**. P. Rodríguez G. . ..... 589


## Libros. Resúmenes y Recensiones


- ***El Derecho de Quiebras,*** de **R. Gómez B.** y **G. Eyzaguirre S.** R. Gómez P. ..... 597
- ***Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I,*** de **Héctor Humeres Noguer**. D. Yáñez T. ..... 599
- **Indice Revista *Ius Publicum* N° 23/2009** ..... 603


## Índice Revista *Actualidad Jurídica*


- **Índice Revista *Actualidad Jurídica* N°s 1 a 20.** E. Andrades R. ..... 607

# Presentación

La vigésima primera edición de "*Actualidad Jurídica*" ha seleccionado, como tema central, las nuevas tendencias de la responsabilidad civil. Esta materia cobra cada día mayor importancia y constituye una de las cuestiones más tratadas por la doctrina y la jurisprudencia. Especial importancia atribuimos a la responsabilidad derivada de la lesión del medio ambiente, del ejercicio de las profesiones liberales y de la violación a los derechos fundamentales de la persona humana.

La preocupación por el dramático deterioro experimentado por el medio ambiente en los últimos años, como consecuencia del calentamiento global y la contaminación, conmueve al mundo en este momento. Se advierten gravísimas alteraciones ecológicas que pueden, incluso, poner en riesgo la suerte del planeta a corto plazo. Nadie, creemos nosotros, puede permanecer indiferente frente a la irresponsabilidad con que las potencias industriales han manejado esta crisis y la falta de decisión sobre la materia, lo cual quedó en evidencia en la última cumbre de Copenhague. No puede sino conmover el derretimiento del hielo en los polos, el aumento de las temperaturas y las alteraciones climáticas que se manifiestan en todos los continentes con resultados casi siempre catastróficos.

Otro tema recurrente dice relación con el aumento exponencial de los profesionales que anualmente se incorporan al servicio de la comunidad. Ello, junto con provocar una verdadera revolución silenciosa en el ámbito social, traerá consigo un incremento significativo de la competencia y, derivado de lo anterior, el riesgo de que se infrinjan deberes éticos fundamentales, como parece estar ocurriendo. Ya no se trata de una reacción contra los médicos, lo que caracterizó la última década, sino de un fenómeno generalizado que alcanza todas las profesiones sin distinción. No exageramos si decimos que a corto plazo todo profesional se verá afectado por un control riguroso por parte de la autoridad y de su propia clientela. Es, por lo mismo, indispensable replantearse este tipo de responsabilidad, ya que existen numerosos antecedentes que permiten darle una fisonomía propia más adecuada a su naturaleza.

Cada día parece acentuarse la tendencia a profundizar el respecto por los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales. Nadie podría negar que, en este aspecto, nuestra legislación y jurisprudencia han experimentado un vuelco inesperado

y que la invasión del derecho internacional en el derecho interno se extiende progresivamente, incluso sobrepasando los mecanismos instituidos sobre la incorporación de los tratados y convenios internacionales al derecho nacional. Alguna jurisprudencia a este respecto ha dejado una impronta que en nada se aviene con el respeto que los jueces deben al ejercicio de la soberanía y las potestades normativas (poderes colegisladores).

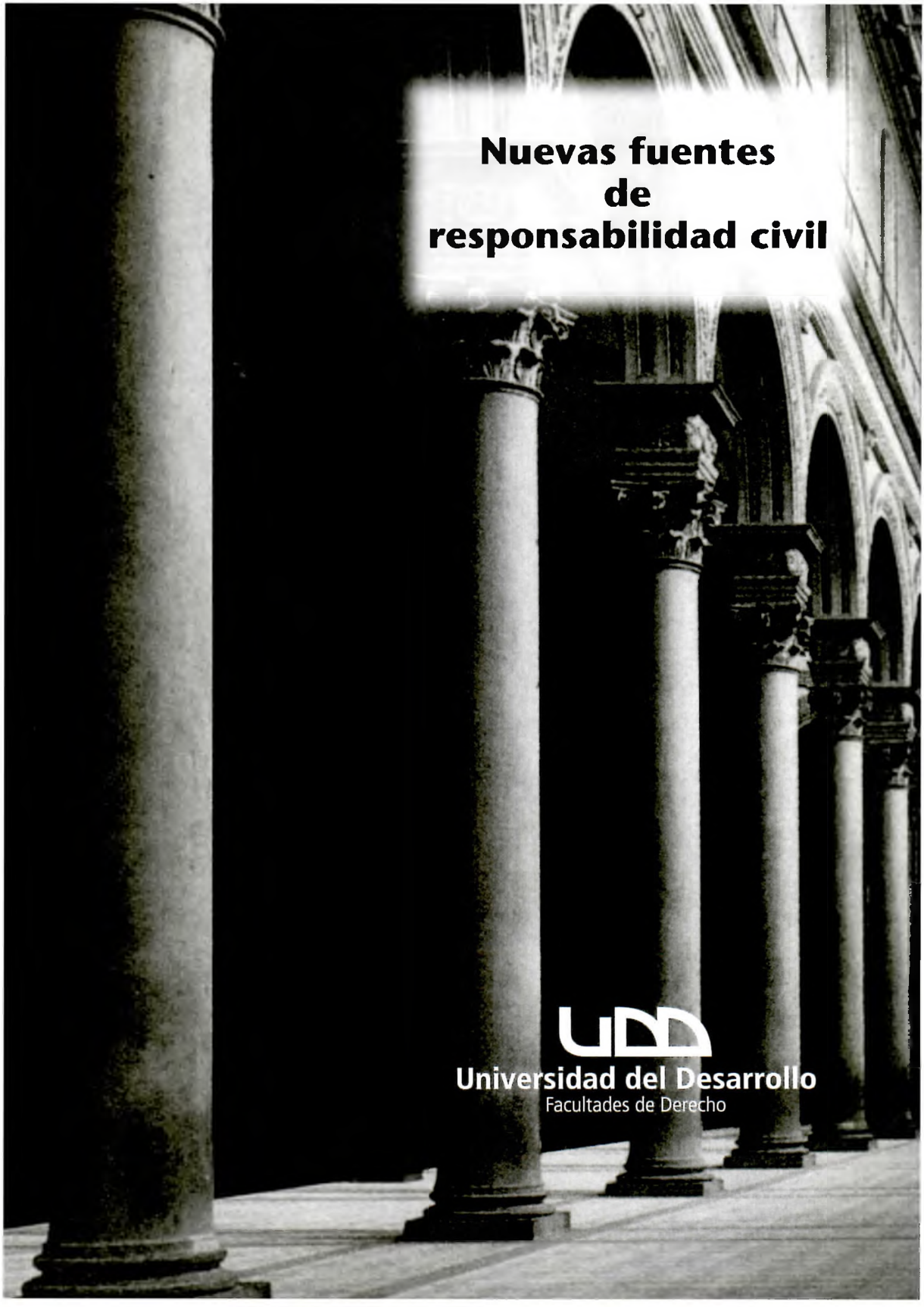
De aquí nuestro interés por abordar, en ésta y en futuras publicaciones, con severidad académica, las cuestiones indicadas, que, sin duda, se hallan a la cabeza de la preocupación de abogados, académicos y magistrados.

Pueden encontrarse también en esta edición artículos sobre la aplicación retroactiva de las sanciones administrativas, sobre revisión judicial de la regulación económica, sobre el recurso de casación en materia tributaria, sobre reforma procesal civil en materia de prueba, sobre el recurso de unificación de jurisprudencia en el proceso laboral, sobre la seguridad jurídica en mercados regulados, etcétera. Atentos a las nuevas reformas legislativas e interpretaciones jurisprudenciales, creemos servir la justa inquietud de nuestra profesión cuando recogemos las diversas opiniones que se sustentan respecto de cada una de ellas. Es ésta, precisamente, parte de la misión que nos hemos impuesto.

Estamos convencidos de que en los próximos años se avecinan numerosas otras innovaciones al sistema legal chileno. Da la impresión de que se encuentran en revisión instituciones que, hasta hace muy poco, parecían inamovibles. Asimismo, el derecho comparado, por una parte, y la extensión cada día más agresiva del antiguo derecho de gentes, por la otra, conducen a lo que podríamos denominar la "mundialización" del derecho, fenómeno que ya ha sufrido una parte de Occidente, con indiscutible provecho. Lo que señalamos nos induce a reclamar de académicos, profesores, investigadores, abogados, jueces y estudiosos en general, una mayor participación en el replanteamiento de nuestras instituciones, a fin de preservar aquello que nos identifica y eliminar lo que constituye una rémora para el progreso. Nadie debería ignorar que es utópico que una sociedad pueda desarrollarse económicamente, congelando su sistema jurídico. Ambas cosas deben marchar estrechamente interrelacionadas, a riesgo de frustrarse tanto una como otra. Esta convicción nos impulsa a ofrecer estas páginas a quienes compartan esta noble inquietud.

EL DIRECTOR

# Nuevas fuentes de responsabilidad civil



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

# Responsabilidad extracontractual colectiva

**Pablo Rodríguez Grez**
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Nuevas tendencias en el campo de la responsabilidad

La "responsabilidad extracontractual colectiva" no es un tema nuevo, no obstante ello poco estudiado en Chile y relacionado íntimamente con la economía de los daños. En este momento en el derecho moderno gravitan determinantemente, a mi juicio, tres valores que recogen, en mayor o menor medida, todas las ideologías predominantes: **los derechos humanos, la defensa de la ecología y la democracia como sistema político**. Quien vaya contra cualquiera de estos nuevos principios sacrosantos incurre en una herejía que descalifica todo juicio crítico. A su vez, en el mundo posmoderno se perfilan tres fenómenos relevantes: **la masificación de la sociedad**, que ha transformado a los grandes centros urbanos en lugares de hacinamiento casi imposible de controlar, en los cuales la multitud ha devorado al individuo; el **prodigioso desarrollo de la tecnología**, que cambia constantemente el instrumental con que se produce y se vive; y la **globalización**, que ha revolucionado el desarrollo de la comunicaciones y el intercambio (facilitado por la tecnología), y convertido al mundo en una aldea. En apenas 50 años en nuestro planeta han cambiado los valores y la realidad dominante, y la sociedad ha adquirido proporciones y formas muy diversas de aquellas que nos caracterizaban hasta mediados del siglo pasado. Probablemente a esto se deba que cada día sea más ancha la brecha que existe entre las nuevas y las viejas generaciones (casi siempre asombradas por el curso que toman los hábitos, usos y costumbres).

Lo anterior, como es obvio, ha influido determinante en el derecho, abriendo nuevos espacios en la legislación, el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia. En pocas décadas el sistema jurídico ha experimentado cambios profundos, luego de un siglo de inmovilismo en casi todas las áreas del derecho, proceso que parece proyectarse con la misma fuerza hacia el futuro.

Originalmente, en el derecho antiguo, la responsabilidad era, como lo destacan los autores, **grupal o colectiva**. El individuo fue considerado un actor secundario frente al clan, la tribu o la familia. El daño no se imputaba entonces al individuo, sino al grupo al cual éste pertenecía. Las corrientes liberales plantearon como

aspiración **personalizar** la responsabilidad. Fue así como se concibió un principio básico que subsiste firmemente arraigado hasta hoy: **sólo se responde del daño que el sujeto causa sin que la responsabilidad pueda extenderse a quienes son ajenos a la causación del mismo**. Asimismo, se concibió la responsabilidad sobre la base de un **reproche individual** (dolo o culpa), de suerte que todo daño producido sin uno de estos factores de imputación, era provocado por el "buen Dios" y debía soportarlo el que lo sufría. Sin embargo, la legislación decimonónica, se dice, concibió la llamada "responsabilidad por el hecho ajeno" y la "responsabilidad por el hecho de las cosas". Nada de ello es efectivo. Ambos conceptos inducen a error. La llamada "responsabilidad por el hecho ajeno" se funda en la falta de cuidado por parte de quien tiene a su cargo a un incapaz o a un dependiente. Para demostrarlo basta constatar que siempre el presunto responsable (padre, madre, tutor, curador, jefes de colegio y escuelas, artesanos y empresarios) puede excepcionarse alegando que ***"con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho"*** (artículo 2320 inciso final del Código Civil), o que el dependiente ejerció sus funciones ***"de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente"*** (artículo 2322 inciso 2° del mismo Código). En síntesis, sólo se responde por el hecho propio y los casos indicados castigan la falta de cuidado de quien tiene a su cargo a un incapaz o a un dependiente. Otro tanto, puede decirse de la llamada "responsabilidad por el hecho de las cosas", cuyo fundamento es exactamente el mismo: la falta de cuidado, real o presunto, de quien tiene las cosas bajo su poder y custodia (artículos 2323, 2324, 2326 y 2328 del Código Civil).

Como es bien sabido, una sola norma se aparta de este lineamiento en nuestro Código Civil. Se trata del artículo 2327, relativo al ***"daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio"***. En este caso excepcional, es siempre responsable el que lo tiene, agregando la ley que ***"si se alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído"***. Se introduce aquí un caso de responsabilidad fundada en el **"riesgo"**, lo que dará lugar, más adelante, a la **"responsabilidad objetiva"** que libera al dañado de acreditar un factor de imputación (dolo o culpa) y obliga al dañador a reparar los daños que se siguen de haber causado un perjuicio en un ámbito definido como de "riesgo".

Podría decirse, entonces, que la responsabilidad regulada en nuestra ley originalmente se fundaba siempre en el hecho propio y, con escasísimas excepciones, sobre la base de un factor de imputación (dolo o culpa del dañador).

Se inicia entonces un proceso de "declinación de la responsabilidad individual" y de incremento de la "socialización de la responsabilidad". No compartimos lo aseverado por Jorge Mosset Iturraspe, cuando dice que *"La responsabilidad*

*grupal o colectiva es una especie de responsabilidad por el hecho ajeno. En la doctrina francesa se viene hablando con insistencia de la 'declinación de la responsabilidad individual' en beneficio de la 'socialización' o fraccionamiento de esa responsabilidad, que vendría a recaer en una pluralidad de personas: la víctima, victimario, asegurador, Estado, fondos, etcétera".*[1] No creemos, por lo señalado precedentemente, que se pueda configurar una responsabilidad por el "hecho ajeno" e insistimos que siempre la responsabilidad proviene de "hecho propio", aun cuando éste se proyecte en muy diversas direcciones y la causalidad sea algo difusa. Nótese, por otra parte, que en los casos regulados en los artículos 2320 y 2322 existe una presunción de culpa, lo que se demuestra por el hecho de que el peso de la prueba que permite exonerarse del deber de reparar recae en la persona que se declara presuntivamente responsable.

## II. La responsabilidad colectiva o grupal

En principio, este tipo de responsabilidad se plantea respecto de aquellos **daños causados por un colectivo** (conjunto de personas naturales no articuladas como sujeto de derecho) **cuando no es posible determinar qué individuo del colectivo es el autor del daño indemnizable.** En tales situaciones la victima se enfrenta a la imposibilidad, impuesta por la naturaleza del grupo, de acreditar con precisión quién o quiénes son los autores directos del daño, pero sí que se sabe, con certeza, que éste proviene de aquellos que lo integran. Si se aplicaran estrictamente las normas tradicionales consagradas en nuestro Código Civil, cada miembro del grupo podría exonerarse aduciendo que no se ha probado la relación de causalidad entre su acción y el daño, excepción que tiene su fundamento en la naturaleza misma del grupo de que forma parte. De este modo, se llega a la conclusión que el grupo –entre cuyos integrantes está el autor directo del daño– sirve tanto para provocar el daño como para eludir la responsabilidad. Se justifica entonces lo que dice Mosset Iturraspe: *"Sacrificar a inocentes para que no escape el culpable, ¿es o no razonable en el estado actual de nuestra cultura jurídica? ¿Es avance o retroceso? ¿Es vuelta al primitivismo o culminación de la etapa de socialización de la responsabilidad?".*[2]

En la vida moderna es cada día más frecuente que grupos espontáneos u organizados en forma ocasional generen situaciones de peligro que culminan en daños a terceros, sin que sea posible individualizar al autor (la relación de causalidad se hace difusa y confunde entre todos quienes integran el grupo), aun cuando es un hecho cierto que el daño proviene del colectivo. El mismo

[1] Jorge Mosset Iturraspe.*Responsabilidad por daños*. Tomo VI. Responsabilidad Colectiva. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. Pág. 13.
[2] Jorge Mosset Iturraspe. Obra citada. Pág. 15.

Mosset Iturraspe destaca que confluyen, en este supuesto, un factor **objetivo** que consiste en una **"actuación plural"** y un factor **subjetivo** que consiste en **"la deliberación de hacer con otros"**. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con los daños provocados por los adherentes a equipos de fútbol que marchan hacia o desde los estadios, con los simpatizantes de artistas que concurren en masa a festivales públicos, con grupos que proclaman consignas políticas, incluso con manifestaciones religiosas, etcétera.

Esta responsabilidad –grupal o colectiva– debe asociarse a una de las tendencias actuales del derecho de daños, que consiste en ampliar los factores de imputación (o de atribución). Hoy se sostiene que son factores de imputación el abuso del derecho, la equidad natural, la norma de tolerancia entre vecinos, la solidaridad social, etcétera. En el caso que nos ocupa la cuestión es más evidente: el daño proviene de un grupo articulado, pero no es posible precisar con certeza cuál de sus integrantes es el autor material del mismo (recuérdese que la responsabilidad deriva siempre de un hecho propio). Sin embargo, "la responsabilidad colectiva" no conduce al establecimiento de un caso de "responsabilidad objetiva" (en que se da por supuesto el dolo o la culpa y se sustituye por el "riesgo"), puesto que el problema está dado por la relación de causalidad y no por el factor de imputación. De aquí que, como se demostrará, la cuestión apunta a un caso de **"causalidad objetiva"** (que no excluye el elemento subjetivo del ilícito civil), pero que permite superar la imposibilidad de acreditar la relación de causalidad entre el hecho objeto de un juicio de reproche y el daño que éste produce.

Dejemos, desde luego, en claro que no corresponde a este tipo de responsabilidad aquella que emana de la comisión de un delito, en el cual pueden participar varias personas, sea como autores, cómplices o encubridores. En estos casos nos hallamos ante una responsabilidad perfectamente configurada en la ley, en la cual se genera una obligación reparatoria de carácter solidario, que asume cada interviniente en virtud de su participación en el hecho que causa el daño. Tratándose de la "responsabilidad colectiva" lo que falta es la individualización de quien provoca directamente el daño, no obstante provenir de un colectivo debidamente determinado, enfrentándose la víctima a la imposibilidad de reclamarlo porque falta del vínculo causal entre la acción directa y el daño subsecuente.

En Chile José Bidart Hernández ha tratado este tema.[3] En su obra sobre los sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual. En relación con la materia que nos ocupa señala: *"En los casos en que el sujeto pasivo está compuesto por*

[3] José Bidart Hernández. *Sujetos de la acción de responsabilidad Extracontractual.* Editorial Jurídica de Chile. 1985.

*varias personas individualmente consideradas, esto es, cuando el hecho ilícito ha sido cometido por varias personas, es indudable que el sujeto activo puede ejercer su acción contra cada una de ellas. El aspecto a considerar es que si el causante del perjuicio no es una persona, sino un grupo de personas, están todas y cada una de por sí obligadas a reparar el daño. El tema da lugar a grandes debates en derecho comparado y respecto de él existe una sola cosa fuera de discusión: la víctima no puede demandar por el todo a cada uno de ellos, la indemnización total, pues para que se configure el daño a los efectos de la responsabilidad extracontractual es preciso que él no haya sido reparado. Este principio general impide que la víctima se resarza varias veces del daño sufrido. Pero, a parte de este punto, que está fuera de discusión, se han defendido en la materia que nos ocupa opiniones muy diversas".*[4] El mismo autor, enfrentado al hecho de que la legislación no contempla disposición expresa sobre la forma en que deben asumir los causantes del daño al pago de la indemnización, opta por integrar la respectiva laguna legal, accediendo a la equidad natural y los principios generales de derecho, aun cuando los enuncia como soluciones que se desprenden, aparentemente, del texto de la ley. Sobre lo anterior, luego de citar las disposiciones de varios códigos (entre ellas la del artículo 2317 del Código Civil chileno), señala: *"Por este motivo, se plantea, a falta de texto expreso en dichas legislaciones, la cuestión de establecer si cada uno de esos autores responde sólo por su parte, o si se puede reclamar a cualquiera de ellos la totalidad del daño causado. En tales circunstancias el intérprete afronta un dilema entre la solución que aconseja la equidad y aquella que se desprende, aparentemente, del texto de la ley. De acuerdo a la equidad, en efecto, parecería que todos los que han concurrido con su voluntad o con su negligencia a producir un hecho ilícito dañoso deben ser obligados por el todo, correspondiendo que los unos respondan de la insolvencia de los otros, ya que sería injusto que el perjudicado por un hecho ilícito deba sufrir, en cuando a la actualización de su indemnización, las consecuencias de la insolvencia de algunos de los que lo dañaron".*[5] Luego de una referencia a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia francesa, el autor citado afirma que *"En el momento actual la solución parece haberse logrado mediante el concepto de la obligación 'in sólidum'. De acuerdo a las enseñanzas de la doctrina contemporánea, existe esta obligación cuando cada deudor está obligado al todo, pero la obligación en sí misma no es solidaria, por cuanto los efectos secundarios de la solidaridad (interrupción de la prescripción, remisión, recursos entre deudores, cosa juzgada, etc.) no se conciben en este caso".*[6] Como puede apreciarse el tema que ocupa preferentemente a este autor es la naturaleza de la obligación que pesa sobre el grupo responsable del daño y no lo concerniente a la relación de causalidad en la llamada "responsabilidad colectiva".

[4] José Bidart Hernández. Obra citada. Pág. 128.
[5] José Bidart Hernández. Obra citada. Pág. 129.
[6] José Bidart Hernández. Obra citada. Pág. 131.

## III. Caracterización de la responsabilidad colectiva

El primer problema que surge consiste en determinar si la responsabilidad colectiva queda **excluida**, como lo sostiene una corriente doctrinaria, cuando se individualiza al responsable, de modo que probada la autoría material del daño por parte uno de los integrantes del grupo queda eliminada de raíz la responsabilidad de los demás; o bien la determinación del autor del daño **no exonera** de responsabilidad a todos quienes integran el grupo. Como puede apreciarse la cuestión difiere sustancialmente en uno y otro caso. En el **primer supuesto**, la responsabilidad parece fundarse en la imposibilidad de determinar la causación individual del daño, permitiendo que la víctima accione en contra de todos los que componen el grupo. En el **segundo supuesto**, a la inversa, se da cierta unidad orgánica al grupo y se le atribuye plena responsabilidad (que se extiende a todos sus integrantes), sin perjuicio de que se precise quién de ellos provocó directamente el daño.

Si la responsabilidad colectiva **exige el anonimato del autor del daño**, pero, paralelamente, prueba de su integración al grupo del cual proviene, ella debe fundarse en la **"causalidad alternativa"**, ya que el daño es obra de cualquiera de los miembros del grupo aun cuando no sea posible individualizarlo, y en la **"solidaridad con la víctima"**, que, de esta manera, no se verá impedida de resarcimiento.

Si, por el contrario, **es indiferente la determinación de quién causó el daño** para los efectos de imputar la responsabilidad a todos los integrantes del grupo, la responsabilidad debe fundarse en la **"causalidad común"** y la **"sanción del riesgo"** que genera el grupo dañador.

Se trata, entonces, de dos hipótesis muy diversas, basadas en distintas concepciones y valores, que determina, en cada supuesto, a quién alcanza la responsabilidad y el deber de resarcir de los daños causados.

### A. Necesidad de que el daño sea anónimo y no pueda individualizarse al causante directo.

Las razones que aducen los autores para sostener esta tesis son las siguientes:[7]

1. **"Estar con otros hizo factible el hecho orientado a la causación del daño"**. Se produce un fenómeno psicológico que se conoce con el nombre

[7] Seguimos en esta materia a Jorge Mosset Iturraspe en la obra citada.

de **"inconsciente colectivo"**, en el cual la persona pierde individualidad y ésta se desplazada hacia quienes lideran el "grupo". De allí que exista un **"impulso grupal"** y la ausencia de inhibiciones naturales. Está comprobado científicamente que el comportamiento colectivo difiere del comportamiento individual. En el primero, pueden desencadenarse instintos animales que es difícil controlar; en el segundo, se acrecienta el recato y la timidez. En este aspecto pareciera que en el fondo más profundo de la personalidad de cada individuo perdura la percepción de Thomas Hobbes y, en alguna medida, subsista el estado de "guerra de todos contra todos"...

2. En la soledad el agente **se habría abstenido de obrar**, habrían operado en él las inhibiciones imperantes en el medio en que se desenvuelve. Estas inhibiciones son de carácter social, impuestas por la cultura, por lo tanto, propias de cada época. En la medida en que se debilita el bagaje cultural, emergen con más fuerza las tendencias disociadoras que la raza humana no ha podido erradicar.

3. El coraje y la fuerza que revela el miembro del grupo es dado por la colectividad que **"contagia"** a cada uno de sus integrantes. La decisión es común y no individual. El individuo se subsume en el grupo, perdiendo su identidad.

4. El obrar ajeno impulsa a actuar a los demás, produciéndose una **influencia o retroalimentación recíproca**, que se caracteriza por la pérdida de la capacidad de decidir por sí mismo. El individuo es mansamente arrastrado por el colectivo.

5. El **grupo justifica los excesos comunes** y el descontrol en que se incurre individualmente. Los padrones de moderación no responden al sentir de cada uno de sus miembros, sino a la reacción colectiva.

6. Predomina, entre quienes forman parte del grupo, una **esperanza de impunidad**, basada en el hecho de que lo que hace el grupo no lo hace nadie en particular. Por lo tanto, desaparece el sentido de responsabilidad individual.

7. El anonimato se funda en un **principio de solidaridad** entre todos quienes intervienen en el grupo. Este principio impone a sus miembros el deber de no delatarse, lo cual va implícito en el comportamiento común.

8. Predomina en el grupo un **"sentido de imitación"**, que se sigue de los excesos en que se incurre y no en la prudencia. Siempre se imita al más audaz y agresivo, nunca al más recatado y pacífico.

9. Cada individuo **actúa sobre seguro** (alevosamente), bajo un manto de pro-

tección que dispensa el grupo, incluso ante la represión se genera un vínculo de apoyo y cooperación.

10. El que se integra al grupo **pierde su individualidad** y es dominado por aquél, al extremo de que los actos que se ejecutan son dictados por el colectivo y no por sus integrantes separadamente.

Como puede apreciarse, opera en el individuo una especie de transformación inconsciente gobernada por un colectivo informal que, sin embargo, actúa como si fuera una entidad organizada. Atendido el hecho de que no puede determinarse quien causó el daño, la responsabilidad recae en el "grupo", porque se sabe, positivamente, que el menoscabo producido proviene de él y de su comportamiento colectivo, agresivo y violento. De aquí que se insista en "**sacrificar inocentes para que no escape el culpable**". Lo señalado porque, como es obvio, la causa del daño recae en un individuo, pero la responsabilidad se impone a todos los integrantes, incluso quienes pueden ser ajenos a la causación del perjuicio.

El "grupo" a que nos hemos referido constituye una realidad sociológica, gobernada por sus propias leyes, cuyo efecto más significativo es subsumir al individuo en un colectivo que opera como si tuviera una voluntad común.

De las razones esgrimidas por los partidarios de considerar el "anonimato" como sustento fundamental de la "responsabilidad colectiva", parece inferirse, más bien, una cierta **unidad personalizada del grupo**, lo cual hace pensar que éste debe ser siempre responsable como tal y no en sustitución del autor director del perjuicio.

**B. El daño proviene del "grupo", razón por la cual es indiferente determinar al autor directo del daño.**

Para quienes postulan esta posición, las razones esgrimidas son las siguientes.

1. La responsabilidad colectiva se funda, provisionalmente, en la "**causalidad alternativa**". Como no puede determinarse cuál es el autor del daño, se opta por **extender la causalidad a todos los integrantes del grupo**. De modo que mientras está en duda quien realizó el daño, la causa del mismo debe imputarse al colectivo, vale decir, a todos sus miembros.

2. La responsabilidad colectiva se funda, además, en la "**culpa común**". Ella impone responsabilidad al autor del daño "**por haberlo causado**" y a los integrantes de grupo "**por haber contribuido o facilitado el causarlo**". No puede

prescindirse de uno ni de otro, porque ambos elementos se complementan en la producción del daño.

3. El daño debe atribuirse al "grupo", porque fue él **quien lo hizo posible**. El dañador individualmente no habría podido obrar de ese modo ni estaba en situación de causar el efecto dañoso. **Excluida la actuación del "grupo" desaparecería el daño**.

4. Los integrantes del "grupo" están individualizados (al menos algunos de ellos, aun cuando no todos) y entre éstos **debe presumirse que se encuentra el causante del daño.** Lo anterior porque **cualquiera de los miembros del "grupo" pudo ser el causante**, pero se desconoce, como consecuencia del manto (velo) que se tiende sobre todos ellos.

5. **El "grupo" tiene objetivos propios** (aun cuando difusos). Sea que se trate de desórdenes, alteraciones del orden público, manifestaciones dirigidas contra ciertos sectores, venganza, actos de respaldo o de condena, etcétera. El daño se encuadra dentro de estos límites y se produce en función de dichos fines. No es el fin perseguido por uno de los integrantes del "grupo", sino por todos.

6. En el grupo **no hay jefatura ni jerarquías ni obediencia.** Cada cual actúa integrado a él de manera casi inconsciente y en el marco de los fines difusos antes indicados. Por lo mismo, no puede existir un responsable natural (aquel de quien proviene el daño).

7. Lo característico del "grupo" es su **capacidad de generar una situación de peligro o riesgo que predispone al daño.** Todo colectivo reviste peligro por la alteración que en su interior experimenta cada miembro, por la pérdida de las inhibiciones naturales, y el sentido de imitación respecto del más audaz y agresivo.

8. Si se optara por sancionar sólo al autor del daño, **quedarían en la impunidad todos quienes crearon la situación de peligro que hizo posible la consumación del daño.** En otras palabras, los autores de la atmósfera en que el daño era posible escaparían indemnes. Repárese en el hecho de que, al margen del obrar del "grupo", el daño no podría haberse producido.

9. **Es física y jurídicamente imposible medir en qué grado los demás miembros del grupo contribuyeron a la producción del daño.** Lo único cierto es que sustrayendo mentalmente la existencia del grupo, el daño no se habría producido. Pueden los demás haber sido coautores, instigadores, cómplices o encubridores del ilícito, pero no es dable precisarlo con rigor. Por lo mismo, reservar a uno de ellos solamente la sanción resulta injusto.

10. El daño tiene un **"principio de ejecución"** en la constitución y acción mancomunada de un grupo que es capaz de generar un ambiente de peligro. La **"unidad de acción"** que caracteriza a sus miembros obliga a generalizar la sanción a todos sus integrantes.

Como puede comprobarse, existen razones en uno u otro sentido para tomar posiciones en esta materia.

A nuestro juicio, atendiendo al hecho de que el fundamento de la responsabilidad colectiva radica en la **situación de peligro** que se gesta antes de la consumación del daño y que, en definitiva, lo hace posible, creemos que no es requisito esencial de la responsabilidad colectiva la indeterminación de quien provoca el daño. El grupo constituye un **"principio de ejecución"** del ilícito e, indudablemente, existe una **"culpa común"** entre todos quienes lo integran, debiendo representarse los efectos que pueden seguirse conforme el orden natural de las cosas. La circunstancia de poder identificar al autor del daño no exonera de responsabilidad a todos aquellos que tácitamente se confabularon para generar la situación de riesgo que culmina con la producción del daño. Coincidimos con la afirmación de que este último no habría sido posible si el grupo no se hubiera formado ni sus miembros experimentado en su interior la transformación antes mencionada. De la misma manera, nos parece evidente que es imposible establecer con exactitud y precisión cuál es la contribución al daño de cada uno de los miembros del colectivo.

No puede negarse, tampoco, que de acuerdo a las nuevas tendencias del derecho de daños, la situación de la víctima es preocupación preponderante de la ley y la doctrina moderna. No parece razonable limitar el derecho a ser resarcido por uno o más integrantes del grupo, cuando ello es posible por haberse acreditado su pertenencia al colectivo o tratarse de alguna persona solvente. Menos podría prescindirse en la vida moderna de la proliferación de grupos de la más diversa índole que ponen a menudo en riesgo la convivencia social. Tal ocurre, por vía de ejemplo, en celebraciones, protestas, triunfos y derrotas deportivas, manifestaciones sindicales u homenajes de signo político. Por regla general, las consecuencias de ello recaen en personas desvinculadas de aquellas expresiones sociales, obligándolas a enfrentar los daños sin que pueda reprocharseles la más mínima provocación. El derecho no puede mantenerse ajeno a esta realidad.

## IV. Derecho comparado

La materia planteada tiene antecedentes en el derecho comparado. Varios países se han ocupado de este problema y optado por una regulación legal expresa. Se trata, entonces, de una cuestión de *lege lata* y no de *lege ferenda*.

**El artículo 830 del BGB** dispone que: *"Si varias personas han causado un perjuicio por una acción ilícita hecha en común, cada una de ellas es responsable del daño. Lo mismo ocurre cuando no puede descubrirse cuál ha causado el perjuicio por sus actos particulares. Deben asimilarse los instigadores y los cómplices a los coautores"*. La primera parte de este artículo no hace más que consagrar un principio generalmente aceptado, en orden a que un daño causado por varias personas las hace a todas ellas solidariamente responsables. Lo original se halla en la segunda parte, inspirada en la corriente que estima necesario, para que exista "responsabilidad colectiva", que no pueda individualizarse al causante directo de los daños. Por consiguiente, esta legislación admite la exoneración de responsabilidad de los demás miembros del grupo cuando es posible determinar quién es el causante del daño.

**El artículo 719 del Código Civil de Japón** expresa: *"Cuando varias personas han causado daño a otra por un acto ilícito cometido en común, están obligadas solidariamente a la reparación del daño. Lo mismo ocurre cuando es imposible reconocer cuál de los coautores del acto ha causado el daño"*. La filosofía que trasunta esta norma es la misma del BGB, ya que se distingue cuando el o los autores del daño están identificados y cuando ello no es posible.

**El Código Civil holandés, en su Libro 6, Obligaciones, Capítulo III, artículo 3** dispone: *"Si un ilícito puede ser atribuido a cualquiera de dos o más personas y el daño sufrido por el perjudicado puede ser consecuencia del ilícito, son solidariamente responsables, si es seguro que el daño es consecuencia del acto de uno de ellos, pero incierto cuál de ellos lo ha causado. Cualquiera que pruebe que la pérdida no es consecuencia de su acto, no es responsable"*. Esta norma avanza terreno en lo que concierne a la responsabilidad fundada en la "causalidad alternativa", ya que atribuye responsabilidad a cualquiera de las personas que integran el colectivo, siempre que *"sea seguro"* que el daño provenga de *"uno de ellos"*. En otros términos, puede sancionarse a un inocente a cambio de que no escape el culpable, como lo destacan algunos autores. Por nuestra parte, agregaríamos que se ampara a la víctima frente a la impunidad de que podrían valerse los miembros del grupo gracias a la imposibilidad de probar cuál de ellos es el autor del daño.

**El artículo 1480 del Código Civil de Quebec** señala: *"Cuando varias personas han participado de un hecho colectivo riesgoso que acarrea un perjuicio, o con actitudes culposas diferentes, siendo cada una susceptible de haberlo causado, no siendo posible, en ningún caso, determinar quién efectivamente lo originó, todas son responsables de su reparación"*. Debe destacarse, en primer lugar, la alusión a *"un hecho colectivo riesgoso"*. Ello implica reconocer que el fundamento de la "responsabilidad colectiva" radica en el peligro que representa la acción de un grupo inorgánico en la vida social. Por lo mismo, basta que sea posible que el daño provenga del grupo para imponer responsabilidad a cualquiera de aquellos

que "pudo" causarlo. No obstante lo anterior, la norma queda subordinada a la imposibilidad de *"determinar quién efectivamente"* originó el daño.

Como puede constatarse, ninguna legislación aplica derechamente el principio de que la "responsabilidad colectiva" se funda en el hecho de haberse generado un **"riesgo"**, que es, en definitiva, lo que da fisonomía propia a esta normativa. Las legislaciones citadas optan por el camino de imponer responsabilidad a los integrantes del grupo, como consecuencia del anonimato del causante directo del daño.

## V. Exención de responsabilidad

La responsabilidad colectiva lleva aparejada la forma en que es posible al demandado exonerarse de responsabilidad, vale decir, evitar ser obligado a reparar los perjuicios causados por el "grupo". Esta cuestión está condicionada por la naturaleza jurídica que se asigne a este tipo especial de responsabilidad.

**A. Si estimamos que la responsabilidad colectiva exige el anonimato del autor** del daño y la imposibilidad de individualizarlo, una forma de exonerarse de responsabilidad sería probando **cuál o cuáles de los integrantes del grupo son los autores del daño**, puesto que de esa manera se imputaría la autoría a persona cierta y determinada. Se trata, entonces, de una **cuestión probatoria** que recae en aquellos que, formando parte del "grupo", aducen no ser causantes del perjuicio que debe repararse. El fundamento último de esta responsabilidad se radica en la **"solidaridad"** con la víctima, quien se vería impedida de obtener el resarcimiento por el hecho de que se ha construido una barrera que impide identificar al autor directo del daño.

Sobre esta materia se plantean varias interrogantes. En Chile el peso de la prueba (*onus probandi*) corresponde a quien pretende exonerarse de responsabilidad, no obstante el hecho de que conforme las reglas de la responsabilidad extracontractual la prueba debería recaer en el pretensor (artículo 1698 del Código Civil). Nótese que la víctima ha acreditado la relación causal entre el actuar del grupo (colectivo) y el daño. En tal supuesto, a nuestro juicio, basta al dañado con **probar la pertenencia del demandado al grupo**, para hacer operante la presunción de responsabilidad (causalidad alternativa). Dicho de otro modo, el daño proviene del "grupo" y mientras no se determine al autor, todos tienen esta condición. No cabe duda que el anonimato se mantiene gracias al silencio cómplice de los miembros del "grupo" que impide establecer quién causó el daño. Por lo mismo, no puede una persona valerse de su propio dolo para eludir su responsabilidad y permitir la impunidad de quienes están ligados a él a través de un designio común. Creemos, por ende, que es plenamente aplicable lo que dispone el artículo 2317 del Código Civil, según

el cual *"Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito..."*. Agrega el inciso 2° de esta norma que: *"Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso"*. **Ninguna duda asiste sobre que los integrantes del grupo, al negarse a individualizar al autor del daño y ampararse en el anonimato, obran dolosamente, en procura, como se dijo, de la más plena impunidad.** Asimismo, se ha consumado un ilícito civil (delito o cuasidelito), y mientras no pueda precisarse quién –entre varios sujetos– es causalmente el autor, debe considerarse que todos ellos tienen esta calidad.

En verdad, lo que ocurre en la hipótesis de la llamada "responsabilidad colectiva", es que nos hallaríamos ante una **"causalidad incompleta"** (de acuerdo a las normas tradicionales de responsabilidad), ya que se encuentra acreditado que el daño proviene de un conglomerado, pero no puede precisarse cuál de sus integrantes es el autor directo por impedimentos imputables al mismo conglomerado.

La otra forma de exonerarse de responsabilidad consiste en acreditar que el demandado no integraba al "grupo", caso en el cual desaparece toda presunción posible de causalidad. Como es obvio, el daño proviene del grupo o, más precisamente, de la actividad de quienes lo componen. Si el demandado prueba que no formaba parte de él, se destruye la base en que se sostiene la presunción de causalidad.

Cuanto hemos señalado se basa en un hecho plenamente acreditado del cual no puede prescindirse: **el daño proviene del "grupo"**, en él se radica la **"causalidad alternativa"** (cualquiera puede ser autor del daño, aun cuando, necesariamente, uno de sus miembros es el autor directo del mismo). La **"causalidad alternativa"** reemplaza la **"causalidad individual"**, la cual no puede determinarse, como se dijo, por obra del mismo grupo al cual se asigna responsabilidad en razón de aquella indeterminación.

**B. Si, por el contrario, la responsabilidad colectiva se funda en la "culpa común" y el daño se considera "grupal"**, aun cuando pueda determinarse con precisión quien lo provocó directamente, ello no exonera de responsabilidad a los demás integrantes del grupo. No se trata de solidarizar con la víctima, sino de **sancionar una situación de peligro** que predispone al daño por el solo hecho de la formación del colectivo o pandilla.

Esta posición ha suscitado comentarios adversos, al extender la responsabilidad a personas que bien pueden ser ajenas a la causación directa del daño. No obstante ello, nosotros estimamos que la sola circunstancia de integrar el "grupo", el cual, atendida su naturaleza, genera un "riesgo" que posibilita y hasta

hace inevitable un daño, es razón suficiente para extender la responsabilidad a todos quienes forman parte del mismo. Creemos, además, que la constitución del grupo (sin jerarquía ni liderazgo conocido), constituye un **"principio de ejecución"** del ilícito civil, puesto que el daño tiene como antecedente necesario lo obrado por el "grupo" o la "pandilla". Hemos sostenido a este respecto que el dolo civil no puede limitarse al "dolo mediato" (llamado también dolo directo) y que éste se extiende al **"dolo eventual"**. De aquí que hayamos señalado que este tipo de dolo *"se caracteriza porque el resultado de la acción u omisión voluntaria del agente se representa, pero sólo como POSIBLE. La certeza que acompaña indefectiblemente al dolo mediato o directo se diluye en este caso, ya que el autor de la acción (en el sentido positivo y negativo) si bien se representa mentalmente el daño, no lo considera cierto y fatal sino sólo probable".*[8] Ahora bien, afirmamos que el "dolo eventual" cabe en la definición del artículo 44 inciso final del Código Civil, porque la previsibilidad del daño (como posible) y su aceptación, absorbe la intencionalidad. La vida moderna, creemos nosotros, concordando con las tendencias predominantes, exige extender los parámetros de la responsabilidad. Una concepción demasiado rígida del dolo sólo alcanza, en este momento, a conductas propias de desconformados cerebrales que dañan por dañar.

Puede afirmarse, entonces, que, por el hecho de pasar a formar parte del grupo o la pandilla, sabiendo o debiendo saber (de acuerdo a los estándares generales de prudencia y cuidado que predominan en el ámbito social) que con ello se genera una situación de peligro, cada uno de sus integrantes compromete su responsabilidad respecto de las consecuencias que de ello se siguen. Es simplemente pueril ignorar la peligrosidad que representan estas pandillas, espontáneamente organizadas, que se movilizan tras objetivos indefinidos y que pierden toda medida de cuidado, prudencia y respeto por las personas y los bienes ajenos. El derecho no puede permanecer al margen de esta realidad ni puede dejar de encararla con las armas de que dispone. En este caso las normas de la responsabilidad extracontractual colectiva.

De lo expuesto se infiere que para exonerarse de responsabilidad en la hipótesis expuesta, **es necesario probar que no se formaba parte del grupo ni se participó en sus actos.** Es indiferente, por lo mismo, precisar cuál de los miembros del grupo es el autor directo del daño, ya que esa determinación no exonera de responsabilidad a los demás. La responsabilidad solidaria recae en todos quienes integraban el "grupo" al momento de producirse el daño. La justificación de la responsabilidad radica en el "riesgo" o "peligro" que genera el grupo.

[8] Esta materia ha sido planteada y analizada en nuestro libro *La obligación como deber de conducta típica.* Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Año 1992. Págs. 36 y ss.

## VI. Requisitos de la responsabilidad colectiva

Los elementos propios o específicos de la responsabilidad colectiva, sin perjuicio de los requisitos generales de la responsabilidad extracontractual, son los siguientes: existencia del grupo, el anonimato del autor directo del daño (para una corriente doctrinaria), la antijuridicidad en el obrar del grupo, la individualización de uno o más de sus integrantes, y la ajenidad de la víctima. Trataremos cada uno de ellos separadamente.

### 1. El "grupo"

Es sabido que la responsabilidad individual está en crisis y que emerge poderosamente una tendencia hacia la **"socialización"** de los daños. Lo anterior es consecuencia principalmente de las exigencias de la vida moderna, del surgimiento de daños difusos y de la masificación de la sociedad. No puede regularse la responsabilidad de la misma manera en una ciudad de escasa población que en una ciudad de millones de personas. Por cierto, en esta última, los habitantes están expuestos a sufrir toda suerte de daños que, hasta cierto punto, son propios de las grandes concentraciones urbanas. Los daños que sufren las personas representan una consecuencia casi connatural de la realidad en que nos hallamos inmersos. Piénsese sólo en los enormes parques automotrices, en las complejas redes viales, en las urbes sobrepobladas y rodeadas de sectores marginales, en la cadena de servicios básicos, en la polución que provocan los centros industriales, en el aumento del narcotráfico, etcétera. Es en esta cruda realidad social donde surge el "grupo", la "pandilla", la "caterva".

**Los grupos pueden ser de dos categorías: los formales y los informales, atendiendo a su composición, representación y dirección.**

Los **primeros** –formales– corresponden a manifestaciones realizadas bajo el patrocinio de instituciones o personas jurídicas que asumen públicamente su identidad. Tal ocurre, por ejemplo, con los desfiles y eventos organizados por gremios, clubes deportivos, centros de enseñanza media o universitaria, organizaciones de beneficencia, organismos públicos, etcétera. Lo característico de estos "grupos" es la **tuición** que, presuntivamente, ejercen sobre ellos las instituciones u organismos que los amparan. Todo daño que provenga de la acción descontrolada de estos "grupos" compromete la responsabilidad civil de sus patrocinadores. Puede discutirse, caso a caso, si se trata o no se trata de un grupo formal, ya que no siempre la invocación de un nombre, un emblema o un símbolo será suficiente. La cuestión, entonces, dice relación con la convicción probatoria que adquiera el Tribunal. Un ejemplo puede resultar útil para comprender lo que queremos señalar. Es frecuente que los partidarios de un equipo de fútbol se agrupen y, bajo sus banderas, provoquen perjuicios y daños de importancia (lo que se ve frecuentemente no sólo en Chile, sino en

la mayor parte de los países occidentales). Nos parece evidente que no puede considerarse, a priori, que este "grupo sea formal". Lo contrario ocurre si un gremio llama a una manifestación masiva, en la cual participan sus dirigentes, de suerte que el "grupo" actúa bajo la égida y dominio de quienes lo gobiernan. Sostenemos que tratándose de "grupos formales" no puede aludirse a la "responsabilidad colectiva" y que todo daño provocado por él recae en la persona jurídica, entidad u organismo que controla o representa el grupo.[9]

No faltan los que alegan que los dirigentes de sindicatos, gremios, organizaciones sociales, etcétera, no pueden ejercer sobre sus miembros una tuición efectiva que impida tropelías, estropicios y daños. Atendido lo cual, extender la responsabilidad a estos organismos podría significar una limitación al derecho a reunirse, expresarse públicamente y formular peticiones a la autoridad. Aun siendo efectivo este inconveniente, forzoso resulta reconocer que los daños colectivos deben ser asumidos por quienes no sólo los provocan materialmente, sino también por aquellos otros que crean o contribuyen a crear las condiciones de "riesgo" que, en definitiva, los desencadenan.

Los **segundos** –informales– se caracterizan por generarse en forma espontánea, estar dotados de una composición heterogénea, carecer de control y dirección unificada y actuar inorgánicamente. Este tipo de agrupación constituye un "riesgo", por todas las razones antes expuestas, y, sobre todo, porque los daños que se provocan pueden quedar en la impunidad, gracias a la imposibilidad de establecer la relación de causalidad individual, la cual, por lo general, queda diseminada entre todos los integrantes del colectivo. Podría sostenerse que cada integrante del grupo, en igual medida, contribuye al anonimato del autor del daño, razón por la cual obra dolosamente, lo que permite imputarle responsabilidad, según se señaló precedentemente.

En esta materia subsisten algunos problemas. ¿Qué ocurre con grupos compuestos por personas que están al cuidado de otras? ¿Qué relación existe entre una asociación ilícita (delito) y un grupo informal?

Respecto de los grupos de personas que se hallan al cuidado de otras, la "responsabilidad colectiva" permite aplicar las normas de derecho común. Por lo tanto, responderán los guardadores a menos de probar que "con la autoridad y el cuidado que sus respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren

[9] Es frecuente que la autoridad encargada del orden público, antes de conceder autorización para una manifestación masiva, exija a sus organizadores constituir garantías para responder de los daños que puedan causarse. Aun cuando nunca –que se sepa– esta exigencia se haya hecho realidad, su sola invocación revela que efectivamente la responsabilidad recae en los organizadores de los "grupos" causantes de daños a las personas y los bienes públicos y privados. Nos parece que esta política es lo que corresponde para resguardar el derecho ajeno.

podido impedir el hecho" (artículo 2320 inciso final del Código Civil). En este supuesto podrá accionarse contra la persona misma del pupilo siempre que sea capaz de delito o cuasidelito civil (artículo 2319 del mismo Código). En relación al delito de asociación ilícita, él queda excluido de plano, ya que la espontaneidad, falta de organicidad y de definidos propósitos del "grupo informal" revela que no concurre ninguno de los elementos que tipifica este delito (artículo 292 del Código Penal).

Concordamos con aquellos que piensan que en el "grupo informal" hay una cierta **identidad de propósitos, un lazo solidario, pero primitivo y, aun cuando rudimentaria, una voluntad común.** Se trata, entonces, de la conjunción de elementos **subjetivos** (identidad y solidaridad) y elementos **objetivos** (voluntad de integración). La fusión de estos elementos genera una actividad riesgosa que es, precisamente, el fundamento de la "responsabilidad colectiva".

Conviene aclarar, desde ya, que la intervención del grupo en la comisión de un delito penal excluye la "responsabilidad colectiva", debiendo aplicarse las normas del derecho sancionador para los efectos de identificar al responsable. Por lo tanto, tratándose de autores, cómplices o encubridores de ilícitos penales, deberá la cuestión someterse a las reglas de aquel tipo de responsabilidad, excluyéndose la sanción al "grupo", puesto que en materia penal rige el principio de la tipicidad. Indudablemente existen figuras penales que se aproximan a los presupuestos de la "responsabilidad colectiva". Así, por ejemplo, los artículos 402 y 403 del Código Penal sancionan las lesiones en riña. El inciso 1° del artículo 402 expresa: *"Si resultaren lesiones graves de una riña o pelea y no constare su autor, pero sí los que causaron lesiones menos graves, se impondrá a todos éstos las penas inmediatamente inferiores en grado a las que hubieren correspondido por aquellas lesiones"*. En esta parte, la ley penal recurre a una presunción. Establecida la autoría respecto de las lesiones menos graves, se extiende la responsabilidad y se sanciona a éstos como autores de lesiones graves, pero atenuando la penal mediante la rebaja en un grado. El inciso 2° de la misma norma agrega: *"No constando tampoco los que causaron lesiones menos graves, se impondrán las penas inferiores en dos grados a los que aparezcan que hicieron uso en la riña o pelea de armas que pudieron causar esas lesiones"*. Esta vez la presunción se desplaza al uso de las armas que pudieron causar las lesiones. El artículo 403 del Código Penal, que sin duda se aproxima a la hipótesis de la "responsabilidad colectiva", señala: *"Cuando sólo hubieren resultado lesiones menos graves sin conocerse a los autores de ellas, pero sí a los que hicieron uso de armas capaces de producirlas, se impondrá a todos éstos las penas inmediatamente inferiores en grado a las que hubieran correspondido por tales lesiones"*. Como puede apreciarse, en las figuras penales citadas, ante la incertidumbre acerca de quién es el autor de las lesiones, el legislador optó por introducir una presunción, rebajando las penas aplicables, pero siempre sobre

la base de la responsabilidad individual (autores de lesiones menos graves y uso de armas capaces de provocar dichas lesiones).

De lo expuesto se desprende que el Derecho Penal no nos proporciona elementos que sirvan para asignar "responsabilidad colectiva" al grupo, proyectándose más bien al área probatoria. Lo anterior plantea el problema de calificar la constitucionalidad de estas disposiciones, toda vez que ellas pueden hallarse en abierta contradicción con lo previsto en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental.

## 2. El anonimato del autor directo del daño y la generación de riesgo

Como se señaló en lo precedente, el "anonimato" constituye un elemento esencial de la "responsabilidad colectiva", pero sólo para aquellos que la fundan en la imposibilidad de acreditar el autor de los daños y que admiten, paralelamente, que su individualización excluye la responsabilidad de los demás integrantes del "grupo". Al parecer adhieren a esta tendencia, como se señaló en lo precedente, varios códigos como el alemán (BGB), el japonés y el polaco y una ley francesa de 1970, susceptibles, sin embargo, de ser interpretados en otro sentido. Lo indicado como consecuencia de que una cosa es el "**daño anónimo**" y otra muy distinta el "**daño colectivo**", como lo reconocen los autores. Puede, por lo tanto, fundarse la "responsabilidad colectiva" en la imposibilidad de identificar al autor del daño, caso en el cual la "solidaridad" con la víctima nos obliga a imputar responsabilidad a todos quienes potencial y necesariamente han debido intervenir en su causación. No podría dejarse de lado el hecho de que el daño proviene del "grupo", que forzosamente uno de sus integrantes lo ha provocado, pero, por efecto de la unidad funcional del mismo grupo, reina la impunidad entre sus componentes. En las leyes del hampa (si es que el hampa puede tener leyes) es frecuente referirse al "delator" como el peor de los enemigos y el más abyecto de los traidores. El "anonimato", en este orden de cosas, constituye una verdadera "condición de procesabilidad" de los responsables. Claro está que, superada la barrera de la individualización del causante del daño, cesa automáticamente la "responsabilidad colectiva" y cobran todo su vigor las normas de derecho común en materia de responsabilidad extracontractual.

No puede decirse lo mismo cuando la responsabilidad se fundamenta en el "daño colectivo". En este supuesto el "anonimato" es indiferente y no constituye un elemento de su existencia. Para esta corriente el daño es producido por el "grupo" (daño grupal) y, por lo mismo, responden solidariamente todos quienes lo integran, siendo indiferente su grado de participación. Como se anotó en lo precedente, el fundamento de la responsabilidad radica en el "riesgo" que genera el "grupo", atendidas sus características.

Un autor, Zabala de González,[10] citado por Jorge Mosset Iturraspe, en un párrafo particularmente esclarecedor, señala lo siguiente: *"De anonimato podría hablarse en dos sentido: a) como imputación de responsabilidad al grupo, como tal, con prescindencia del papel de sus integrantes. Dentro de este punto de vista, la responsabilidad colectiva en la antigüedad era efectivamente anónima, atendiendo a una perspectiva individual: repercutía indiferenciadamente sobre quienes componían el grupo, sin necesidad de esclarecer sus identidades. En cambio, en la responsabilidad colectiva moderna, en cualquiera de sus facetas (daño causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, o bien daño causado grupalmente), no cabe nunca hablar de responsabilidad anónima, ya que los obligados son, en cuanto tales, claramente individualizables y cada uno de ellos responde por un título propio, aunque compartido (sea de manera disyuntiva o alternativa, sea por vía conjunta o común, según el sistema); b) en segundo término, cabe referirse a la causalidad anónima cuando se ignora quién, entre varios, ha sido el autor del daño. Tal es lo que se verifica en la institución del daño ocasionado por un miembro no identificado de un grupo determinado. Por el contrario, cuando se trata de daños de origen colectivo, stricto sensu, no media anonimato ni siquiera en sustrato de la imputación, es decir, en la faceta causal; si bien puede desconocerse cuál sea el autor de alguno de sus anillos, todos los miembros del grupo han contribuido a la causación del daño al crear el riesgo. En segundo término, la responsabilidad colectiva que estudiamos tampoco es subsidiaria o excepcional, porque no cede aunque se conozca quién cometió el perjuicio y la culpa del autor directo no borraría sino que concurre con el título solidario por riesgo referible a todos los componentes del conjunto".*

Como puede apreciarse, ambas corrientes de pensamiento se divorcian absolutamente, postulan fundamentos distintos y consecuencias también diferentes. Mientras para unos **el anonimato es condición esencial de imputación al grupo, para otros carece de importancia y el daño debe atribuirse a todos sus integrantes** cualquiera haya sido su participación en el resultado dañoso y la indeterminación de quienes provocaron la causación. Para unos, lo esencial es el anonimato, para otros, lo esencial es la generación del riesgo.

### 3. Antijuridicidad en el obrar del grupo

Jorge Mosset Iturraspe alude a la "actividad del grupo", como elemento de la "responsabilidad colectiva". A juicio nuestro, lo que interesa no es la actividad que éste despliega, sino la antijuridicidad de su acción. En otras palabras, se trata de que lo obrado por el grupo es "antijurídico", en el sentido de opuesto a derecho (así sea formal o material). En efecto, si se constituye un grupo

[10] Zabala de González. "La responsabilidad colectiva y el artículo 119 del Proyecto de Código Civil".

espontáneamente (informal) para defenderse de una agresión injusta, a juicio nuestro, puede operar una causal de justificación, atendido el hecho de que lo obrado puede no ser antijurídico. Desde esta perspectiva, se refuerza el requisito general de la responsabilidad extracontractual que exige que el hecho que provoca el daño sea antijurídico, vale decir, contrario a derecho. En la hipótesis que examinamos queda en evidencia que no todo daño es contrario o derecho, así provenga de un individuo o de un grupo de individuos.

En esta materia la doctrina distingue "grupos de riesgo" y "grupos de no riesgo" para terceros (peligrosos y pacíficos). Los primeros constituyen un peligro latente, porque influye en ellos el "inconsciente colectivo" que, como dijimos, transfigura al sujeto pacífico en agresivo y violento, al inhibido en desinhibido, perdiendo toda capacidad de resistencia frente al daño. La experiencia revela que ciertas actividades son particularmente proclives a este tipo de reacciones, tales como espectáculos deportivos (barras bravas) y manifestaciones políticas (especialmente protestas provocadas contra políticas públicas y reuniones internacionales). En todo grupo informal es posible observar un **elemento material** (yuxtaposición de personas) y un **elemento volitivo** (adhesión a una causa, identidad con un propósito o finalidad común). Nos parece de toda evidencia que el elemento volitivo es la fuerza que impulsa la yuxtaposición de los sujetos que integran el "grupo", razón por la cual es este factor el que da fisonomía al colectivo. De aquí que haya dicho un autor que la **"autoría del riesgo"** se confunde con la **"autoría del daño"**.

No es exagerado sostener que en el derecho moderno el riesgo es una nueva manifestación de la "culpa", ya que la sola circunstancia de crear las condiciones para que se produzca un daño es una manifestación de descuido, imprudencia o aprovechamiento que contraviene el interés social. No cabe duda que el concepto de culpa (negligencia, imprudencia e impericia) no cubre, por así decirlo, todo el amplio espectro de actividades propias de la sociedad moderna (masificada y tecnologizada). La creación de situaciones de "riesgo" (aproximación al daño) es cada día más frecuente. De aquí que no sea excesivo sostener que aumenta nuestra exposición al daños como consecuencia de los peligros que genera la actividad económica y demás manifestaciones sociales.

De lo que llevamos dicho se desprende que no es la actividad del grupo lo que tipifica la "responsabilidad colectiva", sino la **antijuridicidad de su obrar**, ya que desde el momento en que se autoconvoca con fines difusos y hasta la producción del daño, actúa contra derecho lo que queda en evidencia por la "situación de peligro" que genera. En definitiva, la causalidad común que caracteriza la "responsabilidad colectiva" se refiere al "riesgo" y no al daño, efecto que se sigue en la cadena de consecuencias previsibles.

### 4. Individualización de uno o más integrantes del grupo dañador

El cuarto elemento, a nuestro juicio, reside en el hecho de que el daño debe tener origen en la actividad del "grupo" como tal, y no en la actividad de un sujeto desvinculado o ajeno al grupo. Por ende, deberá identificarse, a lo menos, a uno o más integrantes del grupo. Esta cuestión, eminentemente fáctica, deberá ser acreditada, demostrando dos cosas: que la **acción dañosa proviene del "grupo"** y no de una causa ajena a su actividad; y que **en el grupo participaba uno o más de los sujetos demandados.** En el supuesto, nada extraño, de que concurran en la producción del daño "concausas", deberá aplicarse alguna de las teorías sobre la relación de causalidad, propias de la responsabilidad extracontractual, todo ello conforme las normas generales que gobiernan esta materia. Tal sucederá, por vía de ejemplo, en el evento de que, aprovechando la actividad del grupo, un sujeto ejecute una agresión premeditada y proyectada previamente. Claro está que mientras se mantenga el "anonimato" antes referido, es difícil hablar de concausas, puesto que ello sólo surgirá con ocasión de la individualización del autor del daño. Referir las concausas a la acción del grupo es un nuevo escollo que presentará muchas dificultades para explicar la adecuación de la conducta colectiva al daño producido. Individualizado que sea el autor, la "responsabilidad colectiva" sólo subsiste para quienes afirman que su fundamento reside en el **"riesgo creado"** y no en el **"anonimato"**, como se estudió con antelación. De aquí que pueda afirmarse que la aparición del grupo constituye, para estos últimos, un verdadero **"principio de ejecución del daño"**. La secuencia causal, entonces, no comienza con el daño ni con la acción directamente dañosa, sino con la "creación del riesgo" que representa la actividad del grupo.

Partiendo de la hipótesis de que el daño corresponde a la actividad del grupo, deberá excluirse toda posibilidad de que el mismo pueda tener origen en una causa diferente, desvinculada al actuar colectivo de quienes lo integran.

De lo expuesto se desprende que para hacer valer la "responsabilidad colectiva" deberá individualizarse a uno o más integrantes del grupo, ya que no se puede dirigir la acción resarcitoria en contra del colectivo, puesto que éste carece de personalidad jurídica.

### 5. Ajenidad de la víctima respecto del grupo

Finalmente, para que proceda la responsabilidad colectiva es necesario que la víctima sea ajena al grupo, no forme parte del mismo, no haya experimentado el daño como consecuencia de estar incorporado o vinculado a él. Si la víctima es dañada por el grupo en que interviene, no puede invocarse este tipo especial de responsabilidad, porque causalmente el daño ha sido provocado en todo o

en parte por la conducta de quien lo sufre. No se trata sólo de exponerse imprudentemente al daño, sino de participar en su causación por actos positivos y directos (generación de riesgo en el marco en que se produce el daño). En efecto, como se dijo en lo precedente, el daño proviene del grupo, de modo que debe considerarse que todos quienes participan en él contribuyen a provocarlo. Puede, por lo mismo, considerarse que quien reclama la calidad de víctima se ha autoinferido el perjuicio cuyo resarcimiento reclama. **A nuestro juicio, cualquier vínculo entre la víctima y el grupo interrumpe el nexo causal y elimina de raíz la posibilidad de invocar la "responsabilidad colectiva".**

Hasta aquí los requisitos que, a juicio nuestro, deben concurrir para que pueda configurarse la llamada "responsabilidad colectiva".[11] Estos requisitos, por cierto, no pueden ser los mismos en aquellas legislaciones en que se regula esta situación, ya que entonces nos hallamos ante un caso de *lege lata*. Entre nosotros la cuestión es de *lege ferenda*, imponiendo al intérprete la tarea de resolver, sin un texto expreso relativo a esta materia, los casos relativamente frecuentes en que debe sancionarse la actividad antijurídica de grupos informales. No está de más reconocer una deficiencia grave en nuestra jurisprudencia y en las decisiones de las autoridades administrativas, siempre renuentes a reaccionar ante este tipo de daños por hallarse vinculados a diversos grupos de presión.

## VII. La sanción

La legislación chilena no regula ni alude a la "responsabilidad colectiva". Lo señalado induce a pensar que nos hallamos ante una laguna legal. En Argentina, Llambías, citando diversos artículos de los Códigos Penal y Civil, "ensamblados por las coordenadas del espíritu de la ley, la analogía y el principio general de justicia", estructura la responsabilidad colectiva sobre la base de cuatro requisitos: a) falta de individualización de autor del daño o de la cosa dañosa; b) participación del o los responsables en el accionar culposo o riesgoso del grupo; c) relación causal entre el daño y la acción particularizada del grupo; d) exclusión de la responsabilidad para quien prueba que aun participando en la acción del grupo no causó el daño. Acto seguido, expresa: *"El principio de analogía, que constituye un medio normal de integración del derecho, autoriza al intérprete acerca del presente asunto a efectuar una construcción jurídica, que par-*

[11] Algunos autores –entre ellos Jorge Mosset Iturraspe–, recogiendo lo expuesto en la literatura jurídica, señalan que los requisitos de la responsabilidad colectiva son otros: el grupo, el anonimato, la actividad del grupo, el origen del daño, la víctima, la sanción y la liberación. Nosotros creemos que en esta enumeración se implican elementos que no pueden ser considerados propiamente requisitos de este tipo especial de responsabilidad.

*tiendo de determinadas soluciones particulares permite inducir el principio general, del cual esas soluciones no son sino aplicaciones".* Agrega el mismo autor: *"La construcción jurídica mencionada en el texto es un logro científico que se basa en la razón que tuvo el legislador para instituir una determinada solución particular. Si el intérprete llega a una clara persuasión de que no hay en esta solución particular nada que sea peculiar a su particularidad, es legítimo proyectar el mismo criterio a otras situaciones no contempladas por el legislador pero sustancialmente semejantes a la primera. La ley no se contradice y habría contradicción si sólo por la omisión de tratamiento por el legislador hubiera que regular diversamente a situaciones semejantes. Lo que importa es la semejanza sustancial que pide una regulación uniforme. Por tanto, siempre que alguien ha integrado un grupo de personas determinadas, una de las cuales es autora indeterminada de un daño, ha de estimarse que ese alguien es presuntivamente autor del daño, mientras él no pruebe lo contrario".*[12] Concordamos plenamente con el maestro argentino en la necesidad de invocar preferentemente, como elemento de integración del derecho, a la analogía, habida consideración de que debe partirse de una premisa esencial: la coherencia y unidad del sistema normativo. La invocación de los "principios generales de derecho" (o espíritu general de la legislación al decir del artículo 24 del Código Civil), no es ajena a la analogía si aceptamos que ellos se extraen inductivamente del análisis de la legislación positiva.

En nuestro derecho algunas normas se "aproximan" al problema que encara la "responsabilidad colectiva". Tal ocurre, a juicio nuestro, con el artículo 2328 del Código Civil, según el cual: *"El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso responderá esta sola".* Esta disposición recoge la doctrina que funda la "responsabilidad colectiva" en el anonimato del dañador, reduciéndola a un problema esencialmente probatorio, puesto que, acreditada la culpa o dolo de uno de los habitantes de la parte desde la cual la cosa cae o se arroja, la responsabilidad se radica sólo en aquel sujeto, quedando exonerados los demás. En otras palabras, la causalidad es "alternativa" y no común y subsiste mientras perdura la indeterminación del dañador. No creemos posible integrar la laguna legal invocando el artículo 2328 del Código Civil, ya que en aquella situación se encuentra ausente uno de los requisitos esenciales de la "responsabilidad colectiva" que apunta a la naturaleza del grupo. No puede extrapolarse a los integrantes de un grupo informal (como el descrito en las páginas anteriores), la circunstancia de habitar en una cierta parte de un edi-

[12] J.J. Llambías. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* Editorial Perrot. Buenos Aires. 1980. Págs. 284 y ss. Citado por Jorge Mosset Iturraspe en la obra citada.

ficio. Por lo tanto, el artículo comentado se distancia absolutamente del vacío que intentamos llenar.

La Ley N° 19.327, que fija normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, alude al problema que comentamos, pero sólo tangencialmente. El artículo 2° se refiere a espectáculos calificados por el Intendente Regional "de alto riesgo", imponiendo algunas medidas de carácter preventivo. Pero todo su texto gira en torno de la responsabilidad individual, no obstante el hecho de contener algunas disposiciones destinadas a individualizar, por ejemplo, a los "miembros" de las barras, pero sin extender la responsabilidad a los clubes a que ellos pertenecen, como habría correspondido. El artículo 6° de dicha normativa acentúa este carácter al referirse a *"El que, con motivo u ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, causare lesiones a personas o daños a bienes en el recinto en que tiene lugar o en sus inmediaciones, antes, durante o después de su desarrollo, será castigado con presidio menor en su grado medio, salvo que el hecho delictual merezca una pena superior..."*. Así las cosas, tampoco creemos posible invocar esta ley especial para integrar una laguna legal.

También hemos excluido de antemano los artículos 402 y 403 del Código Penal, comentados con antelación, ya que ambas disposiciones introducen elementos limitativos que no cabe considerar tratándose de la "responsabilidad colectiva".

Finalmente, la Ley de Seguridad del Estado N° 12.927 (cuyo texto refundido consta del Decreto N° 890 del Ministerio del Interior) contiene algunas disposiciones que podrían relacionarse, aun cuando remotamente, con la responsabilidad colectiva. Así, por ejemplo, el artículo 6° señala que *"Cometen delito contra el orden público: a) Los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública"*. Sin embargo, nos hallamos ante la tipificación de un delito que exige la individualización del responsable del daño y siempre que éste actúe con dolo específico, lo cual excluye toda posibilidad de invocar dicho precepto en la tarea de integración normativa.

Por consiguiente, en la perspectiva de fundar esta responsabilidad en el anonimato del autor del daño, sólo cabe invocar los "principios generales de derecho" y la "equidad natural" y extraer de ello la justificación para imponer, mientras perdure la indeterminación del autor del daño, responsabilidad a todos quienes integran el "grupo" dañador.

Distinta es la visión del problema si la "responsabilidad colectiva" se funda en la "**culpa común**" como elemento creador del riesgo. No nos hallamos, en este supuesto, ante una "causalidad alternativa", puesto que, aun cuando se identifique al autor del daño, subsiste la responsabilidad de los integrantes del

grupo. Se trata, entonces de una **"causación conjunta"** que compromete a todos sus miembros. En verdad el ilícito civil tiene, a juicio nuestro, **"principio de ejecución"** al formarse el grupo de peligro y es esa la causa del daño, puesto que desde su interior actúa el dañador, amparado en la impunidad y protección que le brinda el grupo. Tienen entonces aplicación los artículos 2317 y 2329 del Código Civil.

No es ajeno a esta solución nuestro planteamiento sobre lo que hemos llamado **"teoría de la causalidad diferida"**, en virtud de la cual es dable retroceder en la cadena causal para imponer responsabilidad a todos quienes contribuyen, así sea en forma remota o próxima, a la producción del daño. A este respecto en nuestro estudio sobre la responsabilidad extracontractual hemos escrito: *"**En materia extracontractual** (responsabilidad por el hecho ilícito, cuasicontractual y legal), **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 relación causal que provoca el daño, de manera de envolver en el deber reparatorio a todos los que razonablemente han contribuido a producirlo".*[13] No hay duda alguna sobre que la "responsabilidad colectiva" es un buen ejemplo de lo útil que resulta acoger esta teoría para deferir la causalidad, en el caso que se analiza, a la formación y actuación del grupo, la generación del riesgo y la producción del perjuicio. Se satisface de esta manera una de las nuevas tendencia del derecho de daños, que consiste, precisamente, en extender la responsabilidad y ampliar la cobertura de los daños. En el día de hoy se piensa más en el dañado que en el dañador y, por lo mismo, se busca la manera de no dejar en la impunidad los daños difusos, de autoría indeterminada o provenientes de riesgos imposibles de imputar a personas debidamente individualizadas.

En ambas hipótesis ("causalidad alternativa" derivada del anonimato del autor del daño y "causalidad grupal" atribuida a todos los integrantes del conglomerado) la responsabilidad es **solidaria** por mandato del ya citado artículo 2317 del Código Civil. Todos los integrantes identificados del grupo responderán a la víctima por la totalidad de los daños sufridos. A su vez, aquel que sea obligado a reparar podrá reclamar de cada uno de los demás la parte o cuota que le corresponde, todo ello en conformidad al artículo 1522 del Código Civil.

La víctima del ilícito civil deberá acreditar, por su lado, como presupuestos de su acción indemnizatoria, los siguientes hechos: i) **la existencia del grupo y la circunstancia de que el daño proviene de él** (supuesto aplicable cualquiera

[13] *Responsabilidad Extracontractual.* Editorial Jurídica. Año 1999. Págs. 102 y ss.

que sea la concepción que se sustente sobre la "responsabilidad colectiva"); ii) **la situación de "riesgo" generada por el grupo** (debiendo probarse que se trata de un conjunto de individuos, informalmente congregados, organizado en forma espontánea, sin jerarquías, sin control interno, ni autoridades); iii) **pertenencia del demandado o demandados al grupo** (si sólo se aceptara este tipo de responsabilidad cuando el daño es anónimo, debería acreditarse la imposibilidad de identificar al autor del daño atendida las circunstancias imperantes).

La respectiva indemnización estará sujeta a las normas generales, sin que la "responsabilidad colectiva" dé lugar a un tratamiento especial.

## VIII. Las cuestiones más controvertidas

La doctrina jurídica pone acento en varias cuestiones discutibles en relación a la "responsabilidad colectiva".

En **primer lugar**, se destaca el hecho de que, fundando este tipo de responsabilidad en el anonimato, no parece justo imponer las consecuencias del hecho dañoso a quien, precisamente, no está identificado como autor del daño. La responsabilidad implica el incumplimiento de una obligación preexistente y, en este caso, **el responsable puede no ser el infractor**, sin embargo de lo cual se le impone el deber de reparar perjuicios que bien pudo no haber provocado. Esta argumentación adolece, a juicio nuestro, de una falencia evidente. Lo que se sanciona en la "responsabilidad colectiva" es el hecho de haber participado en la constitución de una **"situación de peligro"**, de formar parte de un grupo del cual proviene probadamente el daño que debe repararse, de la imposibilidad de identificar al responsable por efecto de la dinámica propia del mismo grupo que hace imposible su individualización. Desde el punto de vista de la víctima, la **solidaridad** (socialización de los daños) sustituye la rigidez de la responsabilidad subjetiva basada en un juicio de reproche (factor de imputación) individual. El derecho moderno debe encarar situaciones que exceden largamente el **acendrado sentido individualista de la responsabilidad en su concepción clásica.** Sostener que el integrante del grupo es siempre inocente del daño provocado por éste, es perfectamente equivalente a sostener que el integrante del grupo es siempre culpable del daño. Por lo tanto, ni uno ni otro argumento sirve para imponer o exonerar de responsabilidad. De allí que el fundamento de la responsabilidad colectiva debe asentarse en la **"creación del riesgo"** que lleva consigo la sola constitución de un grupo informal de las características antes definidas. De aceptarse esta crítica, llegaríamos a la necesaria conclusión de que siempre se sacrificaría a un inocente: la víctima.

En **segundo lugar**, se afirma que la "responsabilidad colectiva" **se basa en una causalidad no probada**. Sobre este punto debe considerarse la llamada "**causalidad conjunta**" (que comprende a todos los integrantes del grupo), la "**causalidad alternativa**" (que opera sobre todos los miembros del grupo por el hecho de que el daño necesariamente proviene de alguno de ellos, al menos, mientras no pueda determinarse quién es su autor), la "**causalidad acumulativa**" (que atribuye el daño a "varias personas que intervienen en el proceso causal de tal modo que sus actos, independientes entre sí, habrían producido el mismo daño de haber intervenido aisladamente").[14] ¿Qué tipo de causalidad debemos considerar? Creemos nosotros que quienes fundan la "responsabilidad colectiva" en el **anonimato** del autor del daño, optan por la "**causalidad alternativa**"; y quienes la fundan en el **riesgo** que genera la actividad del grupo, optan por la "**causalidad conjunta**". Se habla también de "**causalidad subjetiva**", referida a la acción individual del dañador; y de "**causalidad objetiva**", que se desprende de un hecho que por su naturaleza la supone. No cabe duda que en la "responsabilidad colectiva" la causalidad es **objetiva** porque se deduce que el daño proviene del grupo, aun cuando no pueda precisarse quien es individualmente el que lo ha provocado. En consecuencia, esta crítica es infundada, ya que puede invocarse la causalidad alternativa o conjunta –según la posición que adopte– y la causalidad objetiva –radicada en la acción del grupo–. Las diversas posiciones expuestas revelan el grado de complejidad que conlleva esta materia, ya que para sancionar la "responsabilidad colectiva" deberá adoptarse uno de los criterios señalados. Aun más, podría sostenerse, incluso, a la luz de las exigencias de las normas generales de derecho sobre responsabilidad, que nos encontramos ante una "**causalidad incompleta**", ya que nos vemos forzados a sustituir la "causalidad individual" por la "causalidad conjunta". Cuestión sobre la que volveremos más adelante.

En tercer lugar, se alude al hecho de que la "responsabilidad colectiva" podría estar referida a un obrar "jurídicamente discutible en su ilicitud". A nuestro juicio, como quedó registrado en las páginas anteriores, **la acción del grupo es antijurídica** –sea formal o materialmente–, razón por la cual supone la ilicitud de su actuar. Nótese que si el grupo no provoca perjuicio alguno, obrará lícitamente, pero, desde el mismo instante en que causa el daño, cae en ilicitud porque no puede estar ajustado a derecho el obrar de esa manera. La antijuridicidad del obrar del grupo surge con ocasión del daño.

Son estas las objeciones que con más fuerza se plantean sobre la procedencia de la "responsabilidad colectiva".

[14] Definición dada por Jorge Mosset Iturraspe en la obra citada. Pág. 63.

## IX. Algunas manifestaciones jurisprudenciales

En España el Tribunal Supremo ha conocido algunos casos de "responsabilidad colectiva". Se cita, por ejemplo, la sentencia de 8 de febrero de 1983, la cual versó sobre el siguiente caso: *"el menor Eduardo B.M. resultó lesionado en el ojo derecho al pasar por el lugar en que otros menores, los hijos de los demandados, jugaban lanzándose entre sí pequeños trozos metálicos punzantes, uno de los cuales alcanzó a Eduardo. No se pudo determinar cuál de los menores, hijos respectivamente de los seis demandados, fue el autor del lanzamiento que motivó las lesiones de Eduardo, sin que queda duda alguna de que fue uno de ellos".* La sentencia, analizando las facultades de la Corte y algunas disposiciones legales, en lo que interesa, acoge la "responsabilidad colectiva", aduciendo que de los hechos *"...a) deriva inequívocamente, en cuanto a los autores materiales de los daños, que jugaban en la calle de una manera muy peligrosa para los propios jugadores y para las personas que pasaran por el lugar, dando lugar ante esta negligencia y riesgo que creaban a que el menor, hijo del demandante, resultara alcanzado con uno de los objetos lanzados en el ojo derecho; derivando de este breve resumen del hecho la indudable culpabilidad de los menores.....b) la circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión padecida por Eduardo Bermejo no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el CC, arts. 1910,1564, 1683 y 1784, y la Ley de caza, de 4-4-70 (art.33.5), contempla supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, de matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y a su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad de todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes del daño; solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación del daño a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo". "Por ello se declaró la responsabilidad solidaria de los padres de los seis menores que formaban un grupo del que procedió el objeto que había causado el daño".*[15]

En una sentencia posterior –de 13 de septiembre de 1985–, se planteó un caso semejante. *"Se trataba de un niño que sufrió graves lesiones en el ojo izquierdo*

[15] *Tratado de la Responsabilidad Civil.* Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Coordinador. R. de Ángel Yagüez autor. Editorial Bosch. Año 2008. Tomo I. Págs. 469 y ss.

*al ser lanzado un proyectil cuando otros dos niños disparaban una escopeta de aire comprimido y sin que pudiera saberse cuál de ellos en concreto lanzó el balín causante del daño; ambos tuvieron una 'coparticipación directa', pues alternativamente uno cargaba y otro disparaba la escopeta con que tiraban a los pájaros. El Supremo dijo que es insistente la jurisprudencia en orden a que 'se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las respectivas responsabilidades'".*[16]

En sentencia de 8 de julio de 1988, se falló otro caso de responsabilidad colectiva. *"Se refirió a un caso de daño producido por persona indeterminada. Siendo cinco los demandados, no se había probado cuál de ellos había sido quien causó graves daños a un niño (hijo del actor) que con otros niños estaba jugando en el lugar en que se desarrollaba una partida de caza. Ésta la integraban los cinco demandados, claro está. Dijo la sentencia que en aquel lugar 'no había otras partidas de caza' y que los demandados 'habían efectuado disparos', así como que 'huyeron del lugar', datos de los que –dijo la Sala– 'no cabe sino establecer por elemental percepción intelectiva que los recurrentes fueron los autores materiales de los disparos que impactaron el grupo de niños...' Y añadió '...cuya misma es la razón determinante de la solidaridad cuando no se demuestre o no se den los suficientes elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los agentes integradores de la pluralidad de sujetos de donde provenga el daño por la actividad común o concurrente a su acaecimiento".*[17] Como puede apreciarse, el Tribunal da por acreditado, previamente, que entre los integrantes del grupo está el autor y, al no poder individualizarlo, se pronuncia en contra de todos sus integrantes.

## X. La responsabilidad colectiva en el derecho chileno

Nuestra sistema legal no se refiere a la "responsabilidad colectiva", si bien, como se señaló, existen situaciones que se aproximan al problema como sucede con los artículo 402 y 403 del Código Penal y el artículo 2328 del Código Civil. En consecuencia, existe una "laguna legal" que el intérprete deberá integrar valiéndose de la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural.

### A. Daños provocados por grupos formales

Como primera cuestión debe atenderse a la constitución del grupo y su irrupción en el área dañosa. Creemos que si el grupo es formal (porque se manifiesta

[16] *Tratado de la Responsabilidad Civil.* Obra citada. Pág. 470.
[17] *Tratado de la Responsabilidad Civil.* Obra citada. Págs. 470 y ss.

bajo el patrocinio de una persona jurídica debidamente individualizada), no puede hablarse de "responsabilidad colectiva", porque de los daños que puedan producirse responde su patrocinador o quien, debidamente facultado al efecto, convoca a la manifestación dañosa. Tal sucederá cuando el "grupo" actúa en nombre de una persona jurídica (sindicato, federación educacional, club deportivo, colectividad política, etcétera). La víctima, en tal caso, puede proceder contra la persona jurídica que patrocinó el acto dañoso y también en contra de quienes lo provocaron directamente. A todos ellos les son aplicables los artículos 2320, 2322 y 2317 del Código Civil y los "principios generales" que pueden deducirse de los mismos. Es frecuente que en estos eventos, los organismos que patrocinan las manifestaciones en que se consuman los daños, aleguen estar exentos de responsabilidad por el hecho de haber sido "infiltrados" por elementos ajenos a su control. Creemos que esta exención de responsabilidad sólo puede ser atendida bajo dos supuestos: que se identifique a los responsables directos de los daños y que se pruebe la ninguna vinculación entre el dañador y el grupo. Es, por lo mismo, indiferente que se determine con precisión al causante director de los daños, salvo que se acrediten los supuestos antes señalados, ya que en cualquier otra hipótesis el responsable será la persona jurídica y, por cierto, quien consumó el perjuicio. La responsabilidad en estos casos será solidaria.

Suele ocurrir también que la persona jurídica que aparece como patrocinante del grupo niegue toda vinculación con los dañadores o bien que reclame que éstos usurparon sus emblemas (lo que acontece generalmente con las manifestaciones deportivas violentas, incluso en el interior de los estadios). Nuevamente, nos hallamos en el campo del *onus probandi*. Como es lógico, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad en dichos supuestos, ya que no pueden atribuirsele los daños perpetrados por un grupo apócrifo. Sin embargo, si los daños provienen de las llamadas "barras bravas" (aquellas a que se refiere el artículo 4° de la Ley N° 19.327) comprometen a la persona jurídica, puesto que, incluso, se trata de integrantes debidamente empadronados por el respectivo club deportivo.

Si la persona jurídica indemniza los perjuicios causados por el grupo que, con su aquiescencia expresa o tácita, invoca su nombre en la manifestación dañosa, podrá demandar a los integrantes del grupo la restitución de lo dado o pagado, por la parte o cuota que a cada uno corresponde.

El fundamento de esta responsabilidad reside en el hecho de que los miembros de la persona jurídica tienen un deber de acatamiento a lo estipulado en sus estatutos y puede ejercerse sobre éstos la "policía correccional" a que se refieren los artículos 553 y 554 del Código Civil.

### B. Daños provocados por grupos informales

Lo que hemos llamado "grupo informales", debidamente caracterizados en las páginas precedentes, son los que plantean el problema relativo a la "responsabilidad colectiva".

**Creemos que de los daños que causan sus integrantes responden todos los miembros del grupo, así se haya acreditado quien los provocó o subsista el anonimato respecto del autor directo.** Lo que sostenemos se funda en las siguientes razones:

i. El grupo informal es un **factor de riesgo**, situación creada por quienes lo componen. No se trata, entonces, de un ámbito de riesgo preexistente (como sucede con la navegación aérea o con deportes como el montañismo o el volovelismo o planeamiento). La aproximación al daño la genera intencionalmente el grupo y quienes lo conforman;

ii. El grupo **no persigue un fin de beneficio público**, sino la expresión voluntarista de una consigna, una celebración o una condena. No hay en su actividad de altruismo ni generosidad, sino afán de dañar y perjudicar (lo que queda de manifiesto al producirse el perjuicio).

iii. El autor del daño **actúa al amparo del anonimato** que les dispensa el grupo y como un instrumento o engranaje del mismo. El hechor obra sobre seguro (alevosía), porque cuenta con la solidaridad negativa de los demás componentes;

iv. **El daño procede del grupo**, puesto que su accionar es la causa inmediata del perjuicio que experimenta la víctima. En otros términos, sin la organización y manifestación del grupo no habría habido daño que reparar.

v. El grupo como ente natural (espontáneamente formado) absorbe a todos y cada uno de sus integrantes, determinando la existencia de una **"causación conjunta"** (es causa del daño lo obrado por sus componentes, sin que sea dado distinguir entre ellos). Por lo tanto, todos los integrantes del grupo son igualmente responsables del daño provocado.

vi. Finalmente, la relación de causalidad, si bien no es individual sino grupal, **no queda radicalmente marginada de nuestra ley**, ya que si se atiende a lo previsto en artículo 2317 del Código Civil, todo delito o cuasidelito cometido por dos o más personas, hace solidariamente responsables a quienes intervienen en él. Para estos efectos debe entenderse que "comete" el delito o cuasidelito civil aquel que participa en el grupo que causa el daño. De aquí que hayamos

citado la "causalidad conjunta" que envuelve a todos los integrantes del colectivo dañador.

Como puede observarse, el anonimato no parece ser un elemento esencial de la responsabilidad colectiva. Dilucidada la autoría directa del daño, ello puede tener importancia para ejercer las acciones que correspondan a los miembros del grupo que se vean obligados a indemnizar los perjuicios causados con su intervención, pero sin ser ellos autores directos. Entre los miembros del grupo podría sostenerse una "causalidad alternativa", pero respecto de terceros la "causalidad es conjunta".

Forzoso resulta reconocer, luego de lo señalado, que la "responsabilidad colectiva" se basa en la **creación del riesgo**. Sin embargo, no nos hallamos ante un caso de **responsabilidad objetiva**, que requiere en la legislación chilena de un texto legal expreso para su reconocimiento, sino una **"causación objetiva"**. La causa del daño se la imponemos al grupo, más precisamente a todos los integrantes del grupo, siempre que el riesgo creado sea lo que justifica la producción del daño.

Bidart Hernández, aludiendo a este problema, ha señalado que *"Además de las personas jurídicas, existen otros grupos que no han recibido de la ley una existencia jurídica, ya sea porque ésta se encuentra en tramitación o porque sus asociados no gestionan la obtención de personalidad jurídica, por la naturaleza de sus fines, la transitoriedad de sus funciones o la escasa importancia de su actividad. También la autoridad puede haber negado el reconocimiento, manteniéndose pese a ello la agrupación. En casos más extremos no se solicita personalidad jurídica para evitar el control de la autoridad pública en el funcionamiento de la agrupación"*. El mismo autor agrega acto seguido: *"Estos grupos, pese a no poseer capacidad, tienen una existencia en la realidad misma de los hechos para los más diversos fines. Es el caso de una colectividad de auxilio o beneficencia, de una asociación de profesionales, de un equipo de jugadores de fútbol, etc. Nuestro legislador no ha reglamentado expresamente a las agrupaciones sin personalidad, salvo algunas disposiciones del C.C. que se refieren a ellas (arts. 546, 549 inciso final, art. 963). Sin entrar a analizar la naturaleza y estatuto jurídico de las agrupaciones en base a las normas comunes y principios generales que henos desarrollado al tratar de la titularidad activa y pasiva de las personas jurídicas , sostenemos que al tratarse de entidades que no poseen personalidad jurídica, el doble problema de los derechos del grupo y de los derechos individuales de sus miembros se resuelve mediante soluciones opuestas a aquellas que atribuimos al analizar los grupos con personalidad jurídica"*.[18] El análisis que precede no incide directamente en el tema que nos

[18] José Bidart Hernández. Obra citada. Págs. 221 y ss.

ocupa, pero da una pauta importante para fijar la posición del "grupo" en el contexto general de la ley. El autor citado concluye refiriéndose a la "titularidad pasiva" del grupo informal: *"La solución que en esta situación debe admitirse dice relación, esencialmente, con su incapacidad para cometer hechos ilícitos. Si no existe una persona responsable, no puede haber, por consecuencia lógica, sujeto pasivo de la acción de responsabilidad. Pero ello no obsta a que pueda perseguirse la responsabilidad por los delitos y cuasidelitos que cometan sus miembros individual o colectivamente. Aplicando el artículo 2317 del C.C., en el caso que sean varios los que han concurrido a la ejecución del hecho ilícito, su responsabilidad será solidaria. Por lo demás, así lo dispone el artículo 549 inciso final del Código Civil"*.[19] Al parecer existe coincidencia en el hecho de que es posible que un delito o cuasidelito civil sea atribuido a un grupo, no obstante el hecho de no estar reconocido como persona jurídica. En tal caso, salta a la vista que el tratamiento jurídico no puede ser igual de aquel que se da tratándose de una persona jurídica. Es este nuestro planteamiento.

### C. La causalidad objetiva

En este concepto radica, a nuestro juicio, el verdadero alcance y contenido de la "responsabilidad colectiva". Los elementos de la responsabilidad extracontractual son los siguientes: un hecho del hombre (positivo o negativo, acción u omisión); la antijuridicidad; el juicio de reproche (factor de imputación); el daño y la relación de causalidad. Mientras en la "responsabilidad objetiva" se elimina el elemento subjetivo o juicio de reproche, el cual es sustituido por el "riesgo", en la "responsabilidad colectiva" **se elimina la relación de causalidad individual, dándose por establecida con la sola actividad del grupo informal ("causalidad común").** Pero todos los demás elementos de la responsabilidad extracontractual subsisten y deben concurrir.

La **"causalidad objetiva"** implica atribuir un efecto dañoso a un hecho o a un sujeto, sobre la base del escenario en que se despliega la conducta, pero de manera alguna eliminando la antijuridicidad ni el juicio de reproche (factor de imputación). Un ejemplo aclarará lo que señalamos. Puede ocurrir que una manifestación de grupo informal cause un daño, pero como resultado del celo de sus integrantes por evitar un accidente vehicular en el sitio en que se desarrolla un evento. En tal caso, no hay un juicio de reproche al grupo (no hay culpa), ni antijuridicidad (porque la conducta no es contraria a derecho), pero hay **"causalidad objetiva"**, debiendo imputarse el daño a la actividad del grupo. El daño se entiende provenir del grupo, pero no concurren en aquél los elementos de la responsabilidad.

[19] José Bidart Hernández. Obra citada. Pág. 224.

Lo que caracteriza la "responsabilidad colectiva", en consecuencia, no es la ausencia del juicio de reproche (responsabilidad subjetiva), o de antijuridicidad, sino la **"causalidad objetiva"** (atribución de la causa del daño a todos los integrantes del grupo). La "responsabilidad colectiva" libera a la víctima del deber de acreditar la causa individual del daño, la cual se da por establecida con el solo mérito de la situación de peligro.

Pero la cuestión es más compleja, ya que lo que hemos llamado liberación de la prueba de la relación causal (o causalidad objetiva) no es absoluta, sino relativa. En efecto, para que ella opere debe acreditarse un **"antecedente causal"** –que el daño provenga del grupo como tal y, por lo mismo, de cualquiera de sus integrantes–, no la estricta relación causal individual propia de la responsabilidad extracontractual. Más precisamente, deberá probarse que el daño tiene origen en la actividad del grupo, sin que sea necesario individualizar a quien lo causa en forma directa.

**La diferencia reside, entonces, en la sustitución de la "relación de causalidad" (entre el hecho y el daño), por un "antecedente causal" que permite atribuir el perjuicio a un colectivo, un conglomerado o grupo y no a un individuo determinado.** La cuestión no es fácil, pero ella deberá apreciarse, caso a caso, atendiendo a las características del hecho y la entidad del dañador.

La doctrina jurídica trata de la "<probabilidad cualificada> en la relación de causalidad", pero en referencia a la responsabilidad profesional. R. de Ángel Yágüez ha escrito a este respecto: *"De ahí que en el terreno de la responsabilidad profesional, precisamente, haya hoy una tendencia considerable a afirmar que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia".*[20] Nótese la similitud de este planteamiento con las particularidades de la "responsabilidad colectiva", en la cual existen "antecedentes causales" que no conducen a una conclusión absoluta sobre el autor o autores individuales del daño. Agrega R. de Ángeles Yágüez: *"Aplicando los cánones clásicos al caso de la responsabilidad civil del médico, pongamos por caso, un entendimiento riguroso y absoluto de la relación de causalidad conduciría a la conclusión de que corresponde al paciente demostrar sin lugar a dudas, es decir, con toda certeza, que si el médico hubiese actuado de una determinada manera (distinta de la que lo hizo) no se habría producido el resultado dañoso. Pues bien, a hipótesis como ésta responde una orientación jurisprudencial ya muy arraigada en bastantes países, según la cual cabe la condena del demandado, considerándose por tanto que la relación de causalidad se ha probado, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a*

[20] *Tratado de Responsabilidad Civil.* Obra citada. Pág. 502.

*'un grado suficiente de probabilidad'. Será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos la 'alta probabilidad', o será suficiente contar con una probabilidad de más de 50% (el principio* more probable than not *de la jurisprudencia norteamericana), pero en todo caso se aliviará de forma sensible la posición del demandante. En este punto es digna de mención la corriente jurisprudencial italiana (inicialmente penal, pero hoy también civil) en cuya virtud, en materia de responsabilidad por culpa profesional sanitaria, y en la búsqueda del nexo causal entre la conducta del imputado y el evento, el criterio de la certeza de los efectos de la conducta puede ser sustituido por el de la probabilidad, aunque limitada, de tales efectos y de la idoneidad de la conducta para producirlos. Por ello, se entiende que la relación de la causalidad subsiste incluso cuando la actuación del sanitario, si se hubiera llevado a cabo correcta y tempestivamente, habría no ya la certeza, sino solamente serias y apreciables posibilidades de éxito, de tal forma que la vida del paciente se habría salvado con una cierta probabilidad. Así se declaró, por ejemplo, en sentencia de casación penal de 17 de enero de 1992. Se trata de un caso en el que a una mujer que acababa de dar a luz le sobrevino una infección tetánica. Sobre la base de que los peritos informantes en el juicio dejaron sentado que un correcto y tempestivo tratamiento habría tenido un 30% de probabilidad de éxito, los médicos encartados fueron condenados. En su recurso, la defensa de los médicos habían alegado que era absurdo afirmar que, en presencia de un 30% de posibilidades de supervivencia, nada vale el restante 70% de posibilidades de muerte".* Estas reflexiones concluyen aludiendo al "grado de probabilidad preponderante", que, a juicio nuestro, está estrechamente relacionado con la "responsabilidad colectiva". *"En términos generales, y en relación con el 'grado de probabilidad preponderante' puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho, más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en una relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esta relación con exactitud científica. Basta que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante".*[21]

Estas ideas son perfectamente homologables al caso de la "responsabilidad colectiva". En verdad lo que hemos llamado **"causalidad objetiva"** se funda

[21] *Tratado de Responsabilidad Civil.* Obra citada. Págs. 502 y ss.

también en **una probabilidad que sustituye la certeza**, a la cual no puede arribarse en razón de la naturaleza misma de las cosas. La víctima no podrá, por lo general, acreditar la relación de causalidad en relación a los daños provocados por el "grupo", porque, entre otras cosas, el mismo conglomerado informal lo impedirá para eludir la responsabilidad de quienes lo componen.

En consecuencia, caracterizamos la "responsabilidad colectiva" por la sustitución de la **"causalidad subjetiva"** por la **"causalidad objetiva"**, sin perjuicio, como se dijo, de que se responda cuando concurren todos los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual.

Creemos que en el derecho nacional no existe inconveniente alguno en introducir la **"causalidad objetiva"**, ampliando las atribuciones del juez, cada vez que en razón del "riesgo" que genera el grupo dañador, se dificulte o haga imposible acreditar la **"causalidad subjetiva"**. Lo anterior no obsta a sostener, como lo henos manifestado en lo precedente, que puede imputarse responsabilidad al grupo y a cada uno de sus integrantes, a pesar de haberse establecido la identidad del autor directo del daño si éste formaba parte del colectivo.

## XI. Tres grupos informales

Existen tres grupos informales que operan constantemente en el mundo social, no sólo en Chile sino en la mayor parte de los países occidentales, causando toda suerte de daños y estropicios. Las llamadas **"barras bravas"**, los **"huelguistas"** y los que **"ejercen su derecho de reunión o a peticionar"**.

### A. Barras bravas

En esta materia rige en Chile la Ley N°19.327. El objeto de esta normativa es organizar los eventos deportivos, pudiendo imponer condiciones a sus organizadores, especialmente cuando el Intendente Regional califica el espectáculo como "de alto riesgo para la seguridad pública" (artículo 2°). Para identificar a los integrantes de las barras se exige a los clubes de fútbol **"contar con un padrón oficial actualizado de los miembros de la barra, el que llevará en sus oficinas centrales"** y entregar a cada integrante "una credencial numerada, individual e intransferible que contenga esos datos (que se mencionan detalladamente) y una fotografía del miembro de la barra, y reúna características que dificulten su adulteración" (artículo 4°). ¿Implica este enrolamiento que el club se hace responsable de los daños que puedan producirse por el comportamiento de sus barristas tanto dentro del recinto deportivo como fuera de él? A nuestro juicio, ello resulta evidente. El club deportivo sujeto a esta normativa no puede eludir una relación directa entre la "barra" y la institución. En consecuencia, si los integrantes de este **"grupo formal"** incurren

en desmanes, puede exigirse la reparación al club que prohíja a los barristas, en el supuesto que debe ejercer sobre ellos un cierto control disciplinario. No se advierte qué otro alcance podría darse a la disposición imperativa que exige empadronar a los miembros de la barra –lo cual implica un cierto grado de aceptación y pertenencia a la institución– si no fuera imponer un deber de control y asunción de responsabilidad.

Desde la perspectiva de la seguridad pública, esta interpretación facilitaría dos cosas importantes: **un mayor compromiso recíproco entre los clubes de fútbol y sus adherentes** (barras), y **una mejor organización de eventos masivos** que, como la misma ley reconoce, pueden caracterizarse por ser de "alto riesgo". Si los servicios policiales no han podido controlar estos excesos, ello puede alcanzarse con la participación de los implicados en este tipo de espectáculos.

Los daños que pueden producirse al interior del recinto deportivo, ocupado de la manera que la misma ley señala (artículo 2° inciso 3°), deben ser asumidos por el club y los barristas. Los daños producidos en el exterior comprometen al club en la medida que los "barristas empadronados" sean los que componen el grupo que provoca el daño.

Finalmente, confirma la interpretación que postulamos lo previsto en el artículo 6° de la Ley N° 19.327. En efecto, el inciso 1° de dicha normativa expresa: *"El que, con motivo u ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, causare lesiones a las personas o daños a bienes en el recinto en que tiene lugar o en sus inmediaciones, antes, durante o después de su desarrollo, será castigado con presidio menor en su grado medio, salvo que el hecho delictual merezca una pena superior"*. Por su parte, el inciso 2° expresa: *"Con la misma pena será sancionado el que, en las circunstancias mencionadas, y sin cometer esos delitos, portare armas, elementos u objetos idóneos para perpetrarlos, o incitare o promoviere la ejecución de alguna de dichas conductas"*. Ahora bien, el inciso final del artículo 6°, aludiendo a las conductas antes descritas, señala que *"Los representantes legales de los clubes participantes en el espectáculo, que, por negligencia o descuido culpable en el cumplimiento de las obligaciones que les impone la presente ley, contribuyeran o facilitaren la comisión de las conductas tipificadas en los incisos primero y segundo, serán sancionados con multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, que se duplicará en caso de reincidencia"*. De lo analizado se desprende que la intención de la ley es clara, en orden a vincular la responsabilidad del club de fútbol a la conducta dañosa de los miembros de las barras empadronadas.

### B. Los huelguistas

Respecto de los huelguistas, vale decir, aquellos que legal o ilegalmente provocan desmanes y daños en las manifestaciones que organizan con ocasión del

paro, la solución no puede ser distinta. Para estos efectos debe distinguirse las movilizaciones promovidas por sindicatos, gremios, organizaciones laborales y de funcionarios públicos. Todo perjuicio que se cause a las personas, bienes públicos o bienes privados, comprometen la responsabilidad de la respectiva institución. El carácter que se dé al movimiento no puede exonerarlas de reparar los daños que se causan a personas inocentes, víctimas de una violencia descontrolada que tiene origen en la referida institución y que bien pueda ella controlarla en ejercicio de sus facultades de policía interna.

Lo que señalamos, atendido el hecho de que siempre este tipo de manifestaciones tiene una significación y contenido político, resulta impracticable, porque es la misma autoridad pública la que promueve la impunidad. Pero lo cierto es que el daño provocado tiene origen en manifestaciones promovidas y dirigidas por los organismos señalados y que son estos últimos los que mejor pueden prevenir y evitar este tipo de conductas. Muy probablemente, el aumento desmesurado de esta clase de daños obedezca al hecho de que nunca resultan sancionados quienes se hallan detrás de los actos dañosos.

### C. Grupos que ejercen el derecho de reunión o el derecho a peticionar

Estos grupos son, sin duda, los que mayor dificultad ofrecen a la hora de fijar responsabilidades. Generalmente se trata de manifestaciones tumultuosas, con convocantes muy escurridizos y adherentes de la más diversa índole. Es casi imposible identificar tras ellos instituciones u organismos con existencia legal y responsabilidad civil. Probablemente sean éstos los que justifiquen con mayor rigor los supuestos de la "responsabilidad colectiva". Por lo tanto, debe hacerse valer dichas responsabilidad a todos quienes puedan identificarse como componentes del grupo, los cuales responderán solidariamente a la víctima del daño.

Es curioso constatar que, a medida que mejoran los estándares de vida en el mundo occidental, son más frecuentes las manifestaciones deportivas, sindicales, políticas y de otro orden que agitan la convivencia social, desatando instintos primitivos y una violencia irracional. El derecho no puede mantenerse ajeno a esta realidad ni dejar de proporcionar los instrumentos de que dispone para controlar este fenómeno. La "responsabilidad colectiva" probablemente sirva esta finalidad y, sobre todo, pueda disuadir a actores descontrolados a ejecutar acciones dañosas que no deben quedar en la impunidad.

La extensión de la "responsabilidad colectiva" puede ser un antídoto importante para frenar daños y desmanes que pueden evitarse.

## XII. Principales conclusiones

Aun a riesgo de quedar cortos, procuraremos alcanzar algunas conclusiones que recepcionen nuestro planteamiento.

1. La jurisprudencia debe encarar el problema de la responsabilidad colectiva, atendida la proliferación de los daños generados por grupos informales y la necesidad de poner fin a conductas reiteradas y abusivas contra personas e instituciones inocentes. Los daños causados por estos grupos son consecuencia de la certidumbre que abrigan sus integrantes de que quedarán en la impunidad.

2. El grupo dañador permite encubrir a quienes provocan los perjuicios y, al amparo de su propia funcionalidad, consiguen la impunidad de sus integrantes. No puede perderse de vista que el grupo es el que provoca el daño, el que encubre al autor directo, y el que hace posible que éste no pueda ser identificado.

3. Se trata de brindar amparo a la víctima cuando, por obra del grupo dañador, no es posible acreditar la relación subjetiva (individual) de causalidad (atribución del daño producido a un sujeto cierto y determinado). En tal caso, hallándose establecido que el daño proviene del grupo, como colectivo, no es dable precisar cuál de sus miembros es el autor directo del mismo.

4. La "causalidad alternativa" (que supone el anonimato del autor del daño) resuelve sólo parcialmente el problema porque, una vez determinada la persona responsable, quedan eximidos de reproche quienes hicieron posible la ocurrencia del daño. De esta manera, la posibilidad de obtener una reparación integral disminuye considerablemente al disminuir el número de sujetos responsables.

5. La "causalidad común" resguarda el interés de la víctima porque la responsabilidad recae sobre todos los integrantes del grupo. Por otra parte, sirve el interés social porque actúa como factor disuasivo respecto de quienes intervienen en este tipo de conglomerados.

6. El problema debe resolverse sobre la base de "causalidad objetiva", esto es, dar por establecida la relación causal entre todos y cada uno de los miembros del grupo y el daño, extendiendo la responsabilidad a todos quienes participan y hacen posible su ocurrencia. La causalidad objetiva no excluye la prueba de que el daño proviene y fue causado por el grupo, pero, a partir de esta premisa, la causalidad se extiende a quienes forman parte del grupo. Son autores del daño, en consecuencia, todos los que formaban parte del grupo al producirse.

7. La responsabilidad colectiva sólo cabe respecto de los grupos informales. De lo obrado por grupos formales responden las instituciones a que ellos pertenecen y los miembros del grupo cuando es posible individualizar a los autores directos del daño.

8. En la responsabilidad colectiva deben concurrir todos los elementos de la responsabilidad extracontractual, salvo la relación de causalidad individual o subjetiva, que se aprecia objetivamente, según quedó dicho.

9. La responsabilidad colectiva genera el deber solidario de indemnizar a la víctima. Este deber recae en todos los miembros del grupo sin perjuicio del derecho de cada uno de ellos de dirigirse contra los demás responsable por la parte o cuota que corresponde.

10. La responsabilidad colectiva apunta a favorecer a la víctima ("sacrificando a un inocente para que no escape el culpable"). El fundamento último de ello radica en que el "grupo", además del daño, genera las condiciones que permitieron causarlo y las condiciones para procurar la impunidad del culpable.

11. En Chile es posible sostener la existencia de una "laguna legal" respecto de esta situación, En consecuencia, debe integrarse dicha laguna legal por medio de la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural. Todos estos elementos permiten sancionar el daño grupal por medio de la responsabilidad colectiva.

12. El grupo es una unidad orgánica, que obedece a sus propias leyes sociológicas, que se autoalimenta y que, por lo mismo, tiene identidad jurídica susceptible de calificarse.

# Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva

## Instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno

**Jorge Luis Varela del Solar**
Abogado

## Parte 1

Fue la NASA, hacia mediados de la década del 60, a través de sus programas Géminis y Apollo, la que observó nuestra casa desde la distancia, permitiendo que la comunidad científica del mundo tuviese una mirada preocupante por la fragilidad del planeta. El derecho y la política ambientales en los Estados Unidos no hicieron más que seguir al clamor científico de desarrollar políticas públicas y adoptar estructuras jurídicas que permitieran rápidamente comenzar a recuperar los equilibrios que ya entonces se veían en riesgo.

El derecho ambiental es la norma que el orden jurídico ha creado para rescatar el balance delicado entre las leyes del hombre y las de la naturaleza. Su biosfera es el objeto de tal norma y, por ende, no existe norma jurídica que trascienda ontológicamente a la del derecho ambiental, en todo el orden legal, tanto internacional como nacional. En el ámbito interno, la Constitución chilena así lo reconoce, en una interpretación conjugada entre los artículos 5°, 19 N° 8, 19 N° 26 y 20, otorgando jerarquía máxima al derecho ambiental.

La observación empírica y preocupación de la comunidad científica mundial, liderada por la NASA, en esta materia, han sido reconfirmadas, en la década del 90, por el telescopio orbital Hubble, que ha efectuado los descubrimientos más maravillosos del universo y su origen, desde el legado de los visionarios Kepler, Newton, Copérnico y Galileo.

El Hubble ha evidenciado lo que ya antes se sabía en teoría; esto es, que el universo está compuesto esencialmente de contaminación, y que por ende la tierra (nuestra casa) lo está y que por ello los seres que la habitan también lo estamos. Los elementos químico-físicos que los humanos tenemos en común

con el planeta y con el universo (los que somos uno solo) son, entre otros, hidrógeno, helio, nitrógeno, carbono, fierro, sodio, calcio y azufre, fósforo y potasio.

La deducción de la aseveración científica anterior es una sola. Lo que el derecho debe hacer –en su dimensión correctiva– es diseñar y aplicar instrumentos que permitan restablecer el balance ecológico y restaurar las ofensas ambientales producidas por el hombre, dado que conceptualizar un planeta sin contaminación (como lo reclama el artículo 19 N° 8 de la Constitución) es no solamente absurdo, sino que inconveniente. Un planeta descontaminado sería, entre otras cosas, un planeta sin energía, inerte y sin sistema solar.

En efecto, las formas atípicas o inconvencionales de energía constituyen las únicas formas conocidas por el hombre (y accesibles a él) de manipular la contaminación naturalmente generada (por la naturaleza). Es la única fórmula a través de la cual se reconoce que los masivos procesos geológicos de generación de energía (maremotos, terremotos, colisiones tectónicas de placas, erupciones volcánicas, movimientos orográficos e hidrográficos, tornados, huracanes, erosiones y toda otra fuente fenomenal de liberación de energía natural) son también generadores y productores de contaminación natural masificada.

De lo anterior se deduce que la única forma por la cual el hombre podrá controlar y reducir su contaminación artificial o antropogénica (generada por actos humanos y causante de regímenes de responsabilidad y de reparación del daño) es a través del aprovechamiento parcial de la contaminación natural, esto es, de la utilización de la energía natural o contaminación geológica.

Ello es lo que se conoce regularmente como fuentes no convencionales de energía. Tenemos a nuestro alcance la solución natural (que viene en la fábrica autorrecuperativa y autogeneradora del planeta), pero no somos capaces de verla frente a nuestros ojos, diseñando, en cambio, vehículos que violentan la naturaleza. En lenguaje de la vida cotidiana, esto es igual de absurdo que intentar armar, restaurar o reparar un mueble, con una herramienta diferente de aquella que viene de fábrica para su armadura o restauración.

En las fuentes energéticas naturales (compensadores e indemnizadores naturales de la contaminación) tiene el planeta las herramientas diseñadas por este mismo para su restauración y rescate. Cuando el hombre lo manipula y fuerza, genera la necesidad de restaurar el daño artificialmente provocado.[1]

[1] "Políticas Energética y Ambiental: Consistencias y Conflictos. Énfasis Especial en los Estados Unidos". Texto en preparación por Jorge Luis Varela. Para publicación en 2010.

La contaminación natural es la herramienta perfecta e infalible para restaurar la contaminación generada por el ser humano. Esto es lo que denominamos autosostenibilidad. Procesos de gestión ambiental, tales como la ecología industrial, están basados en esta premisa y también lo están los sistemas de certificación o acreditación sociales, tales como la responsabilidad social corporativa o empresarial (Código de Conducta ISO 26.000).

El derecho, claro está, también es un instrumento esencial de contribución a la restauración, siempre y cuando esté destinado a servir a la ciencia y a la naturaleza y no a contrariarlas o forzarlas, contemplando y demandando utopías artificiales. El derecho, especialmente el ambiental, no puede estar destinado a llegar tarde, ante los cambios científico y tecnológico, sino que debe servir a ellos, desde los instrumentos preventivos.

**En efecto, la esencia del derecho ambiental se encuentra en los instrumentos preventivos de gestión ambiental, los que pueden ser políticos (de política pública), de microgestión, técnicos, económicos y jurídicos.**

No obstante que el objetivo de este artículo es la identificación de los mecanismos reparatorios o correctivos más efectivos en un derecho avanzado, para restaurar el daño ecológico, el derecho ambiental correctivo, reparador o indemnizatorio, no es propiamente derecho ambiental, sino que derecho civil extracontractual o contractual, derecho administrativo o derecho penal.

De haber sido aquélla la esencia del derecho ambiental, éste estaría sobrante como disciplina jurídica, pues a las anteriores mencionadas solamente añadiría determinadas características especiales, mas no una nueva vertiente fascinante del derecho, dogmático y pragmático o funcional.

Lo interesante en las disciplinas ambientales es que los instrumentos de gestión del medio ambiente constituyen una primera plataforma de responsabilidad jurídico-ambiental, dado que previenen e impiden que se consumen actos u omisiones que generan responsabilidad jurídica (contractual o extracontractual) por contaminación.

Tal plataforma, cuando se trata de la empresa, es constitutiva de la responsabilidad social corporativa que es precisamente uno de los baluartes de defensa, que crea un escudo en contra de la responsabilidad ambiental por daño, derivado de la contaminación.

¿Pero qué es lo que provoca tanto desasosiego en materia de la responsabilidad por el daño ambiental antropogénico (o generado por la actividad del hombre)? Ello se responde en razón de los cuerpos receptores que son aquellos que recogen, padecen y. muchas veces, absorben la contaminación.

Así es que, empíricamente, en cuanto a las emisiones que las actividades humanas expulsan a la atmósfera, lo que se ha producido, sistemática e incrementalmente desde 1750 hasta la fecha, es una alteración de los procesos homeostáticos o naturales del planeta, por causa humana.

En otras palabras, lo que ocurre es que se emiten a la atmósfera (particularmente en los últimos 50 años) mucho mayor cantidad de gases de efecto invernadero (GEIs) que aquellos que los sumideros naturales son capaces de absorber (océanos, a través del ciclo del agua y el vapor, y bosques, a través de fotosíntesis).

Cuando la marca era de equilibrio constante; esto es, la misma cantidad de emisiones antropogénicas (generadas por el hombre) por la misma cantidad de emisiones absorbidas por el planeta y por aquellas producidas por el eterno ciclo natural del dióxido de carbono, no se generaba responsabilidad por daño ambiental o ecológico, dado que el balance estaba asegurado.

En las décadas presentes, los químicos sintéticos –restringidos o prohibidos por tratados internacionales, válidamente ratificados por Chile– están progresivamente destruyendo el ozono estratosférico (aquel ozono positivo y protector, que se encuentra entre 12 y 50 kilómetros, en la termosfera, por sobre la superficie del globo).[2]

Esta es la primera fuente histórica, en materia de derecho ambiental comparado, de la responsabilidad jurídica extracontractual, que genera el daño ecológico causado por intervención humana.

Tal fuente es hoy combatida internacionalmente a través de lo que se conoce como "la agenda tóxica", integrada por tres tratados o convenciones fundamentales, cuyo objetivo último es minimizar la generación de los materiales y residuos peligrosos, así como incorporar mecanismos adecuados e integrales de manejo, comercialización, transporte, almacenamiento y disposición final de tales compuestos.

Sin embargo, los agentes y conductas tipificados en la agenda tóxica (que repasaremos más adelante) son además los más perniciosos responsables de los geosignos que el planeta vive hoy. Estos dan cuenta empírica de los síntomas que la tierra vive, como producto de fenómenos regulares y masivos de contaminación severa.

[2] Convención de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPS), de 2001.

Del porcentaje (por cierto aún indeterminado) del que los hombres son responsables por los geosignos, es que se generan los estándares y esquemas reparatorios del daño. Cuando éste es notorio y científicamente difícil de evaluar y avaluar, se aplican los regímenes excepcionales de responsabilidad objetiva o estricta (*strict liability*) como lo examinaremos más adelante, en este ensayo.

También en la ecuación para avaluar o tasar los perjuicios ambientales y ecológicos, se consideran los ecosignos, que son las consecuencias o efectos de los geosignos terráqueos en los ecosistemas, hábitats y recursos naturales. Estos son los impactos visibles de evidencia empírica por todos. En atención a que tanto los geosignos como los ecosignos son transfronterizos y mundiales, es que una de las particularidades de la responsabilidad por contaminación ambiental es que sea internacional, dado que ella no respeta fronteras geopolíticas.

De tal distintivo fenómeno, a su vez, se deriva que en el derecho ambiental y en el derecho ecológico se utilice el término "soberanía ecológica", que es lo que permite que existan, por una parte, regímenes reparatorios del daño ambiental, de naturaleza internacional (regional y multilateral), normalmente anexados a los tratados ambientales multilaterales y a los acuerdos de libre comercio, y, por otra, que se generen esquemas y sistemas transcontinentales de gestión ambiental, lo cual es una modalidad preventiva del daño ambiental y, por ende, de la responsabilidad extracontractual derivada de aquél.

El mejor y más conocido ejemplo de ello es el mercado del carbono y su huella, a través del COS (*carbón offset standard*), a que más adelante nos referimos, por virtud del cual un Estado o una empresa, del hemisferio norte, puede reducir gases de efecto invernadero en el hemisferio sur o inversamente, para ganar créditos comercializables, por esfuerzos técnicamente validados y verificados de descontaminación.

Todo lo anterior es lo que da cuenta, con singular fuerza, que en cualquier país que esté aquejado del síndrome de la ratificación compulsiva de tratados internacionales, como el nuestro (a lo que no escapan los tratados ambientales), la fuente más relevante de las obligaciones para los habitantes deriva del derecho internacional ratificado y, también, del consuetudinario (*international soft laws*).

Si se pudiese esto graficar, más de la mitad de las normas ambientales obligatorias del país tienen o han tenido su origen internacionalmente, de lo que se infiere que el gran porcentaje de obligaciones ambientales incumplidas (normas jurídicas o normas técnicas), que generan algún grado de responsabilidad por daño ecológico, han tenido su fuente en el derecho internacional (multilateral o regional), sea que traigan consigo esquemas, propios o no, de reparación.

A esto se le suman otras dos características únicas del derecho ambiental internacional, de las que emanan normas especiales y vastas de regímenes reparatorios y compensatorios del daño.

En primer lugar, por estar el derecho internacional ambiental dirigido especialmente al potencial contaminador y éste puede ser el Estado o no, no solo este último será sujeto activo de la norma jurídica. Tanto es así, que en la vida cotidiana de aplicación de los tratados, en el ámbito nacional, son las empresas e industrias las más afectadas e interesadas en él.

En segundo término, el derecho ambiental internacional de los tratados es no autoejecutorio o no autoimplementable. Esto significa que las convenciones internacionales requieren legislación interna no solamente para su aplicación y ejecución, sino que especialmente para dar cumplimiento íntegro a los regímenes reparatorios del daño ambiental generado y a sus propias cláusulas de arbitraje.

En efecto, todos los tratados ambientales de aplicación más relevante y aquellos en que protección ambiental y libertad del comercio internacional intersectan (Tratados CITES, de Basilea, de Rotterdam y de Estocolmo, sobre todo), contemplan en sus primeros artículos la obligatoriedad del respectivo Estado de adaptar o reformar su legislación interna y de adoptar todas las medidas jurídicas y administrativas que correspondan para la completa y oportuna ejecución del tratado.

La no autoejecutoriedad de los tratados ambientales deriva de la propia naturaleza metajurídica del derecho ambiental. En efecto, el contenido de su normativa no es jurídico, sino que técnico y científico, en todos aquellos instrumentos que contienen normas técnicas o bien políticas o mecanismos especializados de descontaminación, sea de las aguas (tratados marinos o de hidrosfera), los suelos (tratados edáficos, de ecosistemas o de litosfera) o el aire (tratados de atmósfera y sus múltiples capas).

De acá se deriva que los tratados ambientales necesiten una cuidadosa aplicación del principio de gradualidad para su ejecución plena en el ámbito nacional. La incrementalidad de ejecución es esencial al derecho ambiental, dado que las normas técnicas demandan nueva, y no pocas veces cara, tecnología de aplicación.

Así es que la aplicación de los tratados ambientales ratificados es muy relevante para la determinación de los regímenes de responsabilidad por daño y por esto, entre otras cosas, han de existir consistencia y armonía entre la legislación internacional (de origen, ya nacional, una vez ratificada) y la nacional.

Estos dos elementos, consistencia y armonía normativas, son fundamentales para la aplicación plena de los tratados internacionales en el ámbito interno. Inconsistencia crónica, debido a la profusión inadecuada de legislación estrictamente nacional, en materia ambiental, ha tenido una doble consecuencia: (a) se ha creado confusión en la aplicación de las normas, lo cual lleva a ineficiencia en la política ambiental, y (b) se han firmado y ratificado instrumentos internacionales para los cuales no han existido las condiciones políticas, económicas, tecnológicas ni jurídicas para su aplicación plena.

Estos factores inciden directamente en la eficacia y la fiscalización del régimen ambiental normativo y, por ello, en la aplicación efectiva de las normas sobre daño y responsabilidad ambientales.

Finalmente, en esta materia es importante destacar que tanto tratadistas en derecho ambiental como cortes internacionales, con jurisdicción ambiental ad hoc, han afirmado que los poderes judiciales de los países ratificantes de tratados internacionales ambientales fundamentales tienen la obligación de incorporar criterios rectores y de ejecución, que son componentes de la esencia del derecho ambiental y que no constituyen principios meramente declarativos.

Estos son los criterios precautorio (*precautionary principle*), del contaminador pagador (*polluter pays principle*), *erga omnes* y *continuous mandamus*.[3]

Estos criterios de aplicación constituyen modalidades típicas del derecho ambiental a través de las que se maneja la responsabilidad extracontractual por daño ecológico. Estos criterios son de aplicación mundial (derivados del derecho común, del derecho norteamericano administrativo o del derecho ambiental internacional), pero que han de ser siempre de aplicación jurisdiccional obligatoria por los tribunales nacionales, en materia de medio ambiente.

Así, en el caso particular del derecho ambiental, el criterio erga omnes significa que el interés general o difuso es normalmente el que prima, debido a que los fenómenos de contaminación no reconocen fronteras y los afectados por el daño ambiental pueden ejercer un derecho colectivamente afectado, en la mayoría de las ocasiones.

En ello radica la diferencia entre pasivo ambiental, que es la ofensa ambiental que permanece sin remediación y que no es imputable a un agente contami-

[3] "The Indispensability of an International Court for the Environment" (Environmental Law Conference), Washington, D.C., April, 1999: Is There a Need for a Body to Resolve International Environmental Disputes? (Dr. Alfred Rest, University of Cologne, Germany).

nador determinado, como opuesto al daño ambiental, en cuyo caso la ofensa ambiental es imputable a una persona (natural o jurídica) y a un contaminador o agente específico.

No hay nada más consistente con el criterio ambiental *erga omnes* que el artículo 20 de la Constitución chilena, cuando el constituyente faculta a que toda persona (el que está por nacer, nacional, extranjero, empresa o persona natural) pueda ser sujeto activo del derecho amparado en el artículo 19 N° 8.

No obstante que la acción tutelar de protección es aplicable a todos los derechos constitucionales enumerados en el artículo 20, la alocución "el que" es particularmente portadora del mensaje *erga omnes* en el ejercicio procesal de los derechos ambientales de descontaminación, por la vía constitucional.

Dado que los derechos ambientales son normalmente colectivos, su daño también lo es, por lo que la norma general es la acción popular para reclamar de él. Esto es de ordinaria ocurrencia en los Estados Unidos, donde los tribunales conocen constantemente de las acciones ambientales de clase, como más adelante se detalla.[4]

Por virtud del criterio "*continuous mandamus*" (aplicado regularmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos) se estima que existe, en caso de la ofensa e ilegalidad ambientales, una perdurabilidad o permanencia del hecho, en tanto no se remedie la contaminación. En los países donde existen tipos penales ambientales (tales como España, El Salvador, Colombia, Brasil, México y Venezuela) ello da lugar a los delitos ambientales permanentes.

En el derecho ambiental, esta naturaleza perdurable de la ofensa ambiental se denomina "insidia de la ofensa" y es, en nuestro ordenamiento jurídico, el argumento para justificar legítimamente que el plazo para la interposición de las acciones jurisdiccionales cautelares (recurso de protección) no prescribe en 30 días, según lo indica el autoacordado de la Corte Suprema, en la materia, para aquellos casos en que la ofensa ambiental es permanente, lo cual ocurre casi en la totalidad de los casos en que los cuerpos receptores de la sustancia contaminante o nociva son el aire, el agua o los suelos (emisión o vertimiento) y, también, en aquellos casos estrictamente ecológicos, donde la degradación de la naturaleza tiene consecuencias de gran perdurabilidad.

Un ejemplo de contaminación insidiosa (daño permanente al ambiente) se da en la eutrofización de un lago (*dying of lake*), como producto de la acumulación

[4] *Class action - multiclaim litigation.*

de nutrientes y sedimentos, derivados del vertimiento de detergentes y fertilizantes agrícolas, así como de desechos de humanos y animales (en Estados Unidos, controlados especialmente a través de la "*Clean Water Act*").

Un ejemplo, en cambio, de destrucción insidiosa (daño permanente a la ecología) a un recurso natural se da en la aniquilación de arrecifes de coral de aguas templadas, que tardan entre 500 y mil años en crecer y madurar y pueden ser pulverizados por la industria humana insostenible, en pocos minutos. En este caso, el daño es permanente dado que los arrecifes de coral no solamente son fauna vulnerable e indispensable para los ecosistemas marinos de aguas profundas sino que por cuanto los núcleos de los corales capturan metano, y por ende energía, desde hace 50 millones de años en el planeta.[5]

En estos dos ejemplos, que han de desencadenar procesos de reparación e indemnización por daño ambiental (primer caso) y por daño ecológico (en el segundo caso), el Estado (Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado) y los particulares afectados deben invocar las cláusulas o criterios internacionales obligatorios, en el ámbito nacional, de "*continuous mandamus*" y "*erga omnes*" al exigir las medidas pertinentes de restauración, rescate o remediación, por alguna vía judicial expedita (acción cautelar).

De vital importancia para efectos de impedir, uno, y restaurar, el otro, en los ambientes dañados, se aplican los criterios precautorio (*precautionary criterium*) y del contaminador pagador (*polluter pays criterium*).

Ello es particularmente aplicable cuando el autor del daño ambiental ha sido un ente fiscal (empresa del Estado) o una autoridad administrativa determinada (típicamente una municipalidad), dado que la institución del mandamus nació en el contexto del derecho administrativo norteamericano, que se ha extrapolado a todas las áreas del derecho y al derecho internacional ambiental, vinculante en el derecho chileno.[6]

[5] El carbonato cálcico de los corales mantiene el calor en el planeta, como una de sus fuentes caloricas fundamentales, dado que ellos contienen hidrato de metano en los océanos. El grosor de las bandas de carbonato cálcico aumenta y crece por el aumento del calor, derivado del hidrato de metano. Esto hace que los arrecifes de corales sean esenciales para la vida humana y los ecosistemas vivos e inertes (abiótios). Lo arrecifes de coral son esenciales estabilizadores del ciclo del vapor en los océanos, y, con ello, del equilibrio climático en la Tierra completa. Destacamos esto para demostrar la importancia de la sustentabilidad de las acciones humanas y la obligatoriedad de prevenir o eventualmente de resarcir el daño cuando éste afecta lo que en derecho ambiental se llama "soberanía ecológica" y que el derecho civil conoció siempre como "los bienes que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres".

[6] Cuando existe "*continuous mandamus*" del derecho ambiental, hay una obligación "pendiente" de resarcimiento. En el caso del daño ambiental o ecológico, directa o indirectamente provocado por una entidad de la administración el Estado (muy común en el caso de las municipalidades), en el derecho procedimental civil de USA existe el acto procesal "*writ of mandamus*" (expresión del contencioso

Mucho más se ha escrito sobre los criterios precautorio y del contaminador pagador, los que no se analizarán acá. Ciertamente que estos dos son derroteros interpretativos fundamentales en el derecho ambiental, tanto norteamericano como chileno.

Solamente valga mencionar, en el primero de los criterios, que éste tiene las más múltiples manifestaciones concretas en el ejercicio cotidiano del derecho ambiental, especialmente de las empresas, siendo probablemente uno de los más relevantes la práctica empresarial (de empresas con conciencia ambiental y de responsabilidad social empresarial) de los reportes de sustentabilidad.

También es el criterio precautorio (*precautionary criterium*) obligatorio de aplicación para los tribunales nacionales, por mandato de instrumentos internacionales válidamente ratificados por el país.[7]

No existe ningún instrumento internacional en el medio ambiente, que no se vincule directamente con el comercio transfronterizo (y por ello con la OCDE y con la Organización Mundial de Comercio y sus instrumentos de ejecución), que no conlleve cláusulas, internamente vinculantes, en materia de criterio precautorio. Tales medidas están expresadas con técnica ambiental-legislativa diferente, entre sí, y con arreglo a los objetivos del tratado y a la gradualidad en su aplicación, cuyo análisis de detalle escapa al propósito de la presente publicación.

administrativo ambiental), por el que un agente o funcionario fiscal es obligado, por las Cortes, a ejecutar un acto o restablecer un derecho a un afectado. Cuando el acto administrativo o la omisión se deriva de una violación constitucional del principio de legalidad, existe la figura denominada "*mandamus and quo warranto*", que es equivalente a lo que el derecho administrativo y la potestad dictaminatoria de la Contraloría General de la República chilena denomina "desviación de poder". Esta es muy común en la aplicación de la potestad reglamentaria de los actos administrativos discrecionales, desde donde emana la mayor cantidad de abusos, en nuestro país, en materia de ofensas ambientales de responsabilidad de la administración descentralizada del Estado. En tanto la ofensa ambiental persiste, la acción judicial para perseguir civilmente al ofensor jamás debería prescribir.

[7] Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985; Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, de 1987; Texto Consolidado de Protocolo de Montreal con las Enmiendas Acordadas en las Reuniones de las Partes, de Londres y Nairobi, de 1990 y 1991; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio Climático, de 1992; Protocolo Adicional de Kyoto a la Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático (todos ellos en el área de los tratados grises o de atmósfera); Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar; Convención Internacional sobre el Manejo de Pesquerías y Especies Marinas Altamente Migratorias, de 1996; Convención MARPOL, de 1973/78 (todas ellas en el área de los tratados azules o de recursos marinos); Convención de Basilea sobre Transporte Transfronterizo de Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989; Convención de Rotterdam sobre el Consentimiento Informado Previo (PIC), de 1998; y la Convención de Estocolmo, sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs) (todas ellas en el área de los tratados café o de residuos y materiales peligrosos); y, finalmente, en el área de los tratados verdes o sobre recursos naturales o ecosistemas, la Convención sobre Diversidad Biológica, de 1992; y la convención CITES, de 1973, sobre el Comercio Internacional sobre Especies de Flora y Fauna Amenazadas y en Peligro de Extinción.

La obligatoriedad del Estado y de las empresas es a que debe haber abstención de aquellas conductas temerarias que están en proceso de estudio por la comunidad científica, dado que existe una tendencia inequívoca y razonable expectación de que constituyen conductas nocivas para la vida o la salud de los seres humanos o/y de los ecosistemas.

Estimamos que es en este caso cuando se debe actuar, con patrones de conducta que tengan presente que en materia ambiental y de salud pública, **la ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia.**

En sí, no existe estudio científico que tenga una total evidencia (unánime) de exclusivamente efecto negativo, por lo cual que los tribunales de justicia demanden evidencia unánime es una falacia y frontalmente contrario al derecho ambiental internacional contemporáneo, por virtud de las normas vinculantes sobre el criterio precautorio.

El caso más sintomático al respecto ha sido el del plomo y la sentencia de la Corte Suprema al respecto. Dicha Corte condenó al Servicio de Salud de Arica a pagar o indemnizar a 354 habitantes de tal ciudad, en razón del daño ambiental producido por la contaminación masiva a poblaciones aledañas a zonas de acopio de plomo (residuos tóxicos).

Esta acción fue posible fundarla en estudios científicos actualmente irrefutables, sobre el grado de toxicidad de tal metal pesado.[8]

La comunidad científica, sin embargo, tiene evidencia de este fenómeno solamente desde comienzos de la década del 90. Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia de la Corte Suprema chilena podría legítima y legalmente haberse fundado, para dar lugar a la misma aplicación del artículo 53 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y al pago por daño moral (además de aquel por el daño ambiental) en que las normas vinculantes del criterio precautorio requerían una solución judicial de tal magnitud, dado que las investigaciones de la comunidad científica especializada se dirigían inequívoca y sostenidamente a tal descubrimiento.

Así ocurre hoy (análogo proceso) con la naturaleza carcinógena de la contaminación por electropolución y varios casos más, en proceso de estudio concen-

[8] Estudios científicos de la Environmental Protection Agency de USA; de la Organización Mundial de la Salud; de la Alliance to End Childhood Lead Poisoning,de USA; y del US National Research Council. También en publicaciones en Journal of the American Medical Association (1994) y en el World Development Report (1992) del Banco Mundial (IBRD).

trado, por la comunidad científica, donde debieran haber sentencias judiciales condenatorias e indemnizatorias, claras y contundentes, en la materia, cuando ello sea procedente, probado el nexo causal o bien operando presunciones legales o responsabilidad objetiva.

Debemos ser particularmente claros en que aun cuando la comunidad de científicos no haya concluido que hay evidencia de daño, el suficiente peso de la tendencia en los estudios (en tanto la evidencia se acopia) ha de dar lugar a que la conducta ofensiva deba ser prohibida, por la vía legislativa del criterio precautorio. Este es el que elude (por prevención responsable) el daño y, con ello, la responsabilidad del ofensor ambiental.

El mejor caso de ello es el cada vez más comprobado (en países desarrollados) efecto dañino del espectro electromagnético de la telefonía celular (electropolución),[9] cuando las torres de antenas se encuentran ubicadas en otra instalación base que no sea en un radio rural, en la cumbre de un cerro-colina o en la azotea de edificios, como ocurre en Europa, Australia, Canadá y los Estados Unidos, por parte de empresas que respetan no solamente el derecho ambiental, sino que son portadoras de políticas de responsabilidad social empresarial. Es precisamente un ejemplo diario, en países en vías de desarrollo, de violación del derecho, a través de la vulneración del criterio jurídico precautorio.

En lo que se refiere, finalmente, al criterio del contaminador pagador, éste, no obstante que también es vinculante para el país y es una expresión-institución tan única del derecho ambiental del principio de la responsabilidad por daño, en un sentido muy estricto, se encuentra ya fuera de la órbita del derecho ambiental, propiamente tal, que es precautorio y preventivo.

En efecto, en la aplicación de la normativa correctiva o reparatoria, siempre estaremos en el área que ya no es única y privativa del derecho ambiental (como lo son los instrumentos de gestión y de prevención) sino que en un área que es común al derecho civil, derecho administrativo y derecho penal.

Al margen de que se trata de un criterio de gestión ambiental correctiva, la aplicación legislativa más clara y definida, en el derecho chileno, del criterio del contaminador pagador, es la del artículo 53 de la Ley del Medio Ambiente, el que dispone: "Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado".

[9] En su dimensión de radiación electromagnética "no ionizante", que afecta significativamente la vida y la salud humanas, en campos de frecuencias ELF (extremadamente bajas).

No obstante que rebasa los límites de esta monografía, la expresión más relevante del criterio "contaminador pagador" se da, en los ámbitos jurídico y judicial, como instrumento de gestión, en el ámbito de la economía de los recursos naturales, en la política pública ambiental y en el manejo de las externalidades ambientales, todas manifestaciones del ejercicio de la responsabilidad por deterioro ambiental y de su afectación.

Ahora bien, no solamente estos criterios destacados antes son relevantes como factores de fiscalización (nacional e internacional) del derecho ambiental, que garantizan su cumplimiento, como aquella vertiente del derecho que probablemente más mecanismos de ejecución tenga (judiciales, jurídicos y extrajurídicos) sino que es el derecho constitucional el que impone su supremacía.

Hemos antes ya destacado que no existe otro daño más reparable y remediable que el ambiental, dado que la víctima de la ofensa, normalmente, son los recursos naturales compartidos, por cuanto el objeto jurídico del derecho ambiental es la biosfera, a lo cual nada escapa y, por último, por cuanto la Constitución chilena así lo indica en sus normas hermenéuticas de supremacía.

En primer término, los derechos ambientales fundamentales, que amparan la vida y la salud de la población (que son los que se conculcan al violarse las normas primarias de calidad ambiental, entre otras) se encuentran, por mandato constitucional, incorporados al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, por lo que los instrumentos internacionales ambientales que los consagran tienen rango supralegislativo en el país.[10-11]

Esta importante norma exegética, de supremacía de los derechos ambientales, está acompañada por el artículo 19 N° 8 inciso segundo, el que menciona que "La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, para proteger el medio ambiente".

**No existe otra norma igual a ésta, en la parte dogmática de la Constitución, y tampoco hay otros derechos cuya limitación o restricción sea autorizada para amparar o hacer prevalecer a uno específico.**

[10] La Constitución del Paraguay, de 1992, va un paso más adelante e incorpora los derechos ambientales fundamentales, en el capítulo constitucional del derecho a la vida, en la parte dogmática del texto fundamental.

[11] Los derechos ambientales humanos son solamente los que hemos denominado, en otras publicaciones, "derechos AL medioambiente" (concepción antropocéntrica o antropogénica del derecho ambiental, que tienen las ciencias sociales). Estos los contrastamos con los "derechos DEL medio ambiente" (concepción naturocéntrica o biológica del medio ambiente, que tienen las ciencias de la naturaleza). Los primeros se encuentran incorporados bajo todas las normas de supremacía constitucional, con el máximo de jerarquía, en nuestro ordenamiento jurídico.

Una tercera norma constitucional de supremacía ambiental está en el artículo 19 N° 24, inciso segundo. "Solo la ley puede establecer el modo... y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan... y la conservación del patrimonio ambiental". La función social del dominio se denomina precisamente, en otras constituciones del hemisferio, "la función ecológica de la propiedad".[12]

La conservación del patrimonio ambiental es primeramente una función y una obligación del Estado (artículo 19 N° 8, segunda parte del inciso primero y N° 24, inciso segundo), de lo que se desprende que es precisamente éste el más obligado a su amparo y eventualmente a su restauración, rescate y remediación. Ello es un mandato directo de la supremacía constitucional. Tanto es así, que en los Estados Unidos (bajo varias leyes ambientales),[13] el gobierno federal somete y está él mismo sometido a responsabilidad estricta u objetiva, en caso de daño ambiental.

Las normas inequívocas de supremacía constitucional de los derechos ambientales son las que obligan por igual a detentadores y destinatarios del poder a impedir que se consume daño ecológico (instrumentos preventivos de gestión) y a reparar e indemnizar la violación de tales derechos, por la vía jurisdiccional y por la vía de la gestión ambiental correctiva o *ex post*.

Finalmente, como instrumentos de control del daño ambiental (por la vía preventiva), debemos al menos mencionar el contrato ecológico denominado CRADA.[14] Estos son instrumentos jurídicos preventivos, de contenido altamente técnico, que están diseñados para asegurar que los beneficios económicos que se derivan de la explotación comercial de los recursos genéticos y la diversidad biológica, sean adecuadamente compartidos.[15]

Los contratos CRADA corrigen deficiencias o distorsiones naturales que son provocadas por la explotación insustentable de los recursos naturales, previniendo su depredación y también que una sola parte involucrada en la operación

[12] "La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica". (Artículo 58 inciso segundo de la Constitución de Colombia, de 1991).

[13] Daño ambiental derivado de o contemplado en normas FIFRA, CERCLA, ESA, TSCA, CAA y CWA.

[14] CRADA es "Cooperative research and development agreement".

[15] Los contratos CRADA se generan en el marco de la Convención sobre la Diversidad Biológica y la obligación legal derivada de crear mecanismos jurídicos y políticos para que los Estados tengan debido acceso a los recursos biológicos –genéticos– y que los beneficios de su comercialización (del mercado de los recursos genéticos) se compartan equilibradamente. Estos contratos tienen como partes, típicamente, al Estado, por una parte, y a un ente privado, por otra. Laboratorios farmacéuticos, empresas de horticultura, de biotecnología, de medicina botánica, de cosméticos y de productos naturales son las más comúnmente involucradas en los contratos CRADA, los que operan regularmente en Costa Rica (país pionero en ellos, en América Latina), USA, Europa y África.

devengue utilidades de ello, sin internalizar, en tiempo y forma, la externalidad negativa generada.

Con tal mecanismo jurídico de gestión ambiental preventivo se impide que se consume la lesión ecológica reparable, de otra manera, por la vía indemnizatoria y, más importante aún, previene que se generen pasivos ambientales por los que nadie paga y todos pagamos.

No existe nada que genere más vulnerabilidad para la seguridad de un país que la degradación "no contabilizada, no compensada y no avaluada anticipadamente" de sus recursos naturales.

Avanzando un paso más, el derecho chileno ambiental consagra un régimen de responsabilidad subjetiva atenuado, estableciendo una presunción simplemente legal de antijuridicidad y de culpabilidad, como todo ordenamiento jurídico que comprende cómo opera el daño ambiental (insidiosa y persistentemente) y cómo obtiene y comporta la prueba del daño ambiental, que es frágil, volátil, onerosa y extraordinariamente técnica. Ese es el motivo para consagrar dicho régimen.

Este esquema de responsabilidad está estipulado en el artículo 52 de la Ley de Bases del Ambiente, que contiene siete situaciones de violación normativa en las que hay presunción de responsabilidad.[16]

Habiendo ésta, lo que se presume es la existencia del daño (presunción simple), mas no la relación o nexo causal entre autor y víctima. Sería jurídicamente absurda una posición contraria, dado que no existen científicamente causas unívocas o simples en la generación del daño ambiental, por lo que la ley puede, en casos excepcionales suponer el daño, mas de ninguna manera la autoría.

La presunción concomitante, por otra parte, de daño y autoría (lo cual no existe en USA ni siquiera bajo la legislación CERCLA sobre compensación por daño ambiental), podría abrir una peligrosa caja de pandora, que transforme en responsable de daño ambiental a quien no es científicamente responsable por él.

El fundamento de la norma sobre presunción de responsabilidad radica en la naturaleza híbrida del derecho ambiental, en tanto cada vez que un potencial

[16] La infracción o la violación de: normas primarias de calidad ambiental, normas secundarias de calidad ambiental, normas de emisión, planes de prevención, planes de descontaminación, regulaciones especiales (emergencia ambiental) y normas sobre protección, preservación y conservación ambientales. Con la reforma legislativa inminente, las empresas que vulneran esta normativa (sea legislativa o contractual), se verán expuestas a multas y penas elevadísimas (hasta de 10.000 UTM), sin que haya que probar la existencia del daño ambiental producido, por parte del ofendido por él.

contaminador se compromete a un plan de manejo, por virtud del mandato de alguna norma jurídica (DS 148 o RETC) o por encontrarse en áreas geográficas o desarrollando un giro bajo un plan de prevención o plan de contaminación, responderá por la violación a una obligación contraída por el mismo.

Esta política también tiene sentido, dado que de no ser así sería casi imposible la fiscalización de las violaciones de la norma ambiental, por la naturaleza evolutiva y dinámica del derecho ambiental, especialmente de su normativa emanada de la potestad reglamentaria (normas técnicas, normas oficiales, estándares y parámetros).

En lo que se refiere a la responsabilidad estricta u objetiva, en el ámbito del derecho ambiental nacional, solamente existen tres regímenes en la materia y ellos están plenamente justificados por política pública y por la insidia causada eventualmente por los procesos de contaminación que se derivan de su actividad, los que afectan directamente no solo los recursos naturales (impidiendo su preservación y rescate o haciéndolo muy difícil) sino que afectan severamente la salud de la población.

Los tres regímenes son los de la protección agrícola, la seguridad nuclear y la navegación o seguridad marítima. Los tres casos se encuentran vinculados con la agenda tóxica; esto es, por los riesgos de peligrosidad que puedan surgir como consecuencia del vertimiento de contaminantes tóxicos, inflamables, radiactivos o reactivos, en cantidades industriales.

En los tres casos chilenos de responsabilidad ambiental estricta, así como en aquellos que se vinculan con los tratados de la agenda tóxica (tratados café), la objetividad de la responsabilidad (*strict liability*) no se funda en el acto que provoca el daño,[17] propiamente tal (dado que ello sería inconstitucional, internamente, o violatorio del derecho internacional de la organización mundial de comercio, en el ámbito externo), sino que en el acto que genera el riesgo, en la actividad inherentemente riesgosa[18] y en la manipulación riesgosa y temeraria de un producto gravoso o riesgoso.

[17] Precisamente para compensar el riesgo potencial de la actividad es que existen los instrumentos preventivos de gestión, tanto de *policy*, como jurídicos y económicos. Cuando existiendo la actividad inherentemente riesgosa y conociendo sus riesgos, no se adoptan las providencias que corresponden es cuando se genera la responsabilidad estricta. Esta no puede estar fundada o basada en el acto, propiamente tal, dado que ello sería condenar anticipadamente el giro de la empresa o actividad.

[18] Recogemos acá la distinción que maneja Pablo Rodríguez Grez entre "riesgo cosa y riesgo actividad", que es plenamente válida en las empresas o industrias potencialmente contaminantes. Dice este autor, "riesgo actividad corresponde a los peligros que nacen de la empresa moderna... Es indudable que en la era tecnológica, los riesgos ambientales, los biotecnológicos, nucleares y otros, corresponden al desarrollo de una actividad peligrosa, de la cual debe responder quien la genera" (Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, página 69, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. Así es como ocurre en las actividades nuclear y naviera.

La objetividad de la responsabilidad existe respecto del hecho (que de otra manera se transformaría en pasivo ecológico) ambientalmente insidioso o gravoso (por la actividad inherentemente riesgosa), que acarrea un disvalor de resultado, particularmente ofensivo, probablemente para la propiedad de muchos o para el dominio de aquellas cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como ocurre en los derrames de los hidrocarburos y sustancias químicas más letales.

Precisamente la inherencia ambientalmente riesgosa del giro de la empresa o industria dada, es la que amerita, con mayor razón que con otra, el establecimiento de un sistema preventivo efectivo de gestión ambiental, del que el manejo y el control de los riesgos son una parte esencial.[19]

Ello afecta prioritariamente (no exclusivamente) a la industria relacionada con el manejo y la explotación de los recursos naturales; a la que genera, utiliza, almacena o transporta químicos o tóxicos; y a aquella que emite metales pesados o contaminantes a la atmósfera, sea por producción no intencional o derivada o bien por ser aquéllos generados en los procesos productivos del giro de la empresa.

En el área de la protección a los recursos marinos y las aguas continentales, se aplica el régimen de responsabilidad, objetivo, limitado y solidario del artículo 144 N° 5 de la Ley de Navegación.[20] "Se presume que el derrame o vertimiento de sustancias contaminantes del medio ambiente marino, produce daño ecológico".[21]

[19] En los Estados Unidos, desde 1975 la USEPA (Ministerio del Medio Ambiente) ha desarrollado gradualmente diferentes estrategias para el manejo del riesgo, especialmente de químicos, bajo la TSCA (Toxic Substances Control Act), tanto como criterios para siniestros del gobierno federal como de empresas privadas. De ello se ha derivado que el grado de responsabilidad hecha efectiva ante tribunales y autoridades administrativas sea mucho menor en las empresas que tienen estricta normativa de manejo y control del "riesgo-actividad", incluyendo revisión de los efectos de las actividades en la salud humana, evaluación anticipada de riesgos, alternativas de reducción de riesgos (RRA), regulación, testing, investigación, prácticas de manejo, detección de respuestas toxicológicas y discusiones sobre políticas públicas.

[20] Decreto Ley 2.222, Ley de Navegación. Este régimen es equivalente al que contempla el artículo III de la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, de 1969, más conocido como el CLC 69, por su acrónimo en inglés.

[21] La más importante diferencia entre la Ley chilena de Navegación y el CLC 69 es que la primera se refiere al régimen de responsabilidad civil que se genera no solamente debido al derrame de hidrocarburos persistentes y a otras sustancias nocivas y peligrosas, como lo son, por ejemplo, todos los hidrocarburos no persistentes, los cargamentos nucleares, las aguas de lastre y los contaminantes químicos provenientes de buques (Tratado MARPOL) o cruceros de placer (*Responsabilidad Civil por Daños en Contaminación de Hidrocarburos y Otras Sustancias Nocivas,* de Paola Castiglione González, Editorial Jurídica ConoSur Limitada, Fundación Fernando Fueyo; International Law and the Environment: Basic Documents, Patricia W. Birnie and Alan Boyle, *Liability for Environmental Damage at Sea and the Marine Environment*, pp. 65-210, Clarendon Press, Oxford, 1995-2000).

No obstante que el objetivo de política pública de esta norma es adecuado, desde el punto de vista técnico, no lo es, dado que (a) se trata el derrame y el vertimiento dentro de un mismo escenario de presunción, en circunstancia de que ambos fenómenos difieren significativamente entre sí y, por ello, los patrones de potencial contaminación (y eventual indemnización) también.

También la forma de redactar la presunción es técnicamente inexacta, dado que puede haber hipótesis de vertimiento de contaminantes que no causen daño ambiental; contrariamente, puede existir daño ambiental sin que exista contaminación. De lo anterior se infiere que no puede gatillarse responsabilidad por daño alguno, cuando hay contaminación sin daño; inversamente, habrá responsabilidad por daño ambiental, sin que necesariamente exista la acción de un contaminante.

En este último caso, nos referimos a un daño ecológico indemnizable y tiene, en el derecho internacional ambiental, metodologías, normas de avaluación anticipada y criterios diferentes de indemnización que el daño ambiental.[22]

Todo lo anterior es una característica más autónoma y única, por virtud de la que el derecho ambiental y el derecho ecológico se separan de las demás áreas del derecho y, ciertamente, del derecho privado de responsabilidad extracontractual. La doctrina tradicional chilena, del derecho común, sostiene que para que surja la responsabilidad es condición indispensable la existencia de un daño. Este, por ende, es un presupuesto de la responsabilidad civil, sin el cual no surge responsabilidad alguna.[23]

Un caso histórico destacable de pasivo ecológico que existió por décadas sin que hubiese norma de contaminación es la del vertimiento indiscriminado de tóxicos y químicos en los océanos y aguas internacionales de ecosistemas frágiles y fecundos (especialmente por parte de cruceros de placer, tanqueros con combustible y cargueros con material nuclear). Fue solamente a contar de la década del setenta que comenzó a edificarse un régimen jurídico internacional de contaminación, y por ende de responsabilidad.[24]

[22] Análisis detallado en texto de derecho ambiental comparado, de Jorge Luis Varela del Solar, para entrar a prensa y publicarse en el 2010 ó 2011. También véase David Hunter, James Salzman & Durwood Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, Foundation Press, New York, 1998, págs. 580 y ss.

[23] Artículo 2314 del Código Civil. También Rodríguez Grez, en obra *supra*, pág. 54.

[24] No obstante que desde 1963 (Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear) existe un régimen internacional sobre responsabilidad estricta u objetiva en materia nuclear (*nuclear facility operators*), éste nunca pudo aplicarse a los vertimientos de otras sustancias en los océanos. Luego entraron en vigencia "Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter" adopted in London, Mexico City, Moscow, and Washington, in December 1972. Más

Destacamos, una vez más, para cerrar esta área, que es un error, ante el derecho, la política y las ciencias ambientales, extender la estrictez u objetividad del daño hacia la autoría. Esto es especialmente inadecuado en las áreas marítima y nuclear.[25] A pesar de ello, las convenciones internacionales señaladas contemplan regímenes draconianos de responsabilidad civil objetiva, alcanzando ella a lo que en el derecho de USA se denomina "*compensatory damages*" y "*punitive damages*" (conceptos que más adelante se explican, en el análisis del derecho ambiental norteamericano), nociones que se han extrapolado al derecho internacional de responsabilidad por daño ambiental.

No obstante los diferentes y diversos regímenes de hacer efectiva la responsabilidad, en materia ambiental, persiste una dificultad que es inherente al objeto amplio del derecho ambiental y el derecho ecológico, que es la biosfera. Tal reto consiste en que los efectos de las actividades del hombre lo colocan en una línea difusa entre lo que es legítimo y lo que no lo es, ante la ética pública, los intereses colectivos y el bien común, independientemente de lo que el derecho indique.

Así es que se generan las colisiones de derechos constitucionales, en tanto éstos amparan valores supremos de una sociedad, que no siempre pueden defenderse compatible y consistentemente.

El derecho presenta acá también una dicotomía similar a la de la economía. Esto es, así como la opción por un bien económico implica un costo alternativo, al sacrificar otro, también en el derecho constitucional existen herramientas humanas por las que se debe optar. La opción de un derecho constitucional implica que otro debe sacrificarse, aunque no sea esencialmente (pues el artículo 19 N° 26 así lo prohíbe), y de este sacrificio, el derecho ambiental tiene abundancia de ejemplos.

De lo anterior se concluye que hay veces en que la responsabilidad extracontractual se genera cuando hay una lesión a un bien ambiental o a un bien ecológico, que se produce sin intención de causarla, sino que solamente por un ejemplo tangencial de la opción de bienes y valores, como dinámica natural de conductas humanas o sociales. Debe compensarse la pérdida de aquello que se sacrifica, en beneficio de otro valor, bien colectivo o derecho constitucional.

tarde se le une la "Convention for the Prevention of Pollution from Ships" as modified by Protocol of 1978. Adopted in London, December of 1979 (MARPOL Convention).

[25] No lo hacen las convenciones internacionales en la materia, tales como Las Reglas de Hamburgo, sobre la responsabilidad legal por la carga, MARPOL y CLC 69.

Solamente valga citar tres ejemplos de ello, para mostrar lo que acá explicamos.

En primer término, los números 1 y 8 del artículo 19 generan ocasionalmente colisión entre sí, cuando la naturaleza se explota o manipula insosteniblemente, para curar enfermedades humanas, especialmente cuando éstas afectan a grandes sectores de población.

Son conocidos los casos de hueso o cartílago de fauna vulnerable que se encuentra en Apéndices I ó II de CITES,[26] que se utilizan para investigar la cura de enfermedades tales como el Parkinson o el reumatismo. Lo que más pueden hacer el derecho constitucional y el derecho ambiental es dar criterios de jerarquía, mas la ecuación debe ser resuelta empírica y casuísticamente, pues sea que se opte por uno o por otro, se generarán responsabilidades jurídicas.

Un segundo ejemplo muy pertinente de situación límite[27] lo encontramos en la opción entre, por una parte, la manipulación de los recursos naturales (especialmente flora y fauna terrestres) para efectos de producir aplicaciones de biotecnología, productos farmacéuticos, medicinas botánicas, cosméticos y productos medicinales, en general[28] y, por otra, la conservación del capital natural de un país, que es pieza vital para su seguridad y la de los ecosistemas.

Un tercer y último ejemplo, donde existe **generación espontánea y no intencional de responsabilidad por lesión ambiental o ecológica** (en este tercer caso, el daño es propiamente ambiental, dado que, a diferencia de los dos casos anteriores, que son de daño ecológico, acá sí habrá contaminación), es el que se gesta cuando hay colisión entre la cura de enfermedades humanas y el uso ambiental de químicos sintéticos.[29]

Un ejemplo particularmente claro de esto se encuentra en el dilema en el uso del DDT.[30] Se trata del pesticida más controversial que se haya creado. Este se ha aplicado, en el mundo entero desde la década del 40[31] y aún continúa usándose en algunos países de Africa del este. Durante muchas décadas, también, fue utilizado para la protección masiva de soldados, contra enfermedades transmitidas por mosquitos e insectos y, durante la Segunda Guerra Mundial se utilizó ampliamente para combatir la malaria y el tifus.

[26] CITES es la Convención Internacional sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas y en Peligro de Extinción de Flora y Fauna, también denominada Tratado de Washington, de 1973.
[27] Término acuñado por el filósofo Karl Jaspers, en *La Fe Filosófica*.
[28] Explotación comercial de los recursos genéticos o de la biodiversidad.
[29] Como aquellos prohibidos por el Tratado COPs o Convención de Estocolmo.
[30] Insecticida de uso industrial, utilizado predominantemente en la agricultura. Este forma parte de la "docena sucia" de químicos sintéticos prohibidos por el Tratado COPs.
[31] Utilizado en la agricultura, en el ámbito mundial, entre los años 1945 y 1972.

Desde la década pasada se ha descubierto que el DDT es tóxico,[32] persistente,[33] de transporte extenso (y por eso genera contaminación transfronteriza, lo que lleva a la responsabilidad transfronteriza, a su vez, por contaminación)[34] y bioacumulable,[35] todo lo cual hace que su uso esté prohibido y que, por ello, su comercio y transporte internacionales también lo estén (por los tratados de la agenda tóxica).[36]

En este tercer ejemplo, ha de verificarse científicamente cuál es el daño peor, lo que habrá de determinar escalas de prioridades. Pero desgraciadamente ha de predominar uno sobre otro y esto es una aporía griega.

**Lo que el derecho mejor puede hacer es conferir, equilibradamente, criterios válidos de balance (del derecho constitucional, cohabitando armónicamente con el derecho ambiental), con el propósito de que se genere la más tenue responsabilidad por el daño ambiental, en un caso, o bien por el daño a la vida o la salud, en otro, sea que se opte por uno u otro.**

**Si el criterio selectivo, derivado de la jerarquía de la sociedad, aconseja que se opte por el derecho a la salud humana, deberá vinculantemente aplicarse, eso sí (por el Ejecutivo, la ley y los jueces), el criterio precautorio, por parte de la autoridad, como política pública para atenuar los efectos del daño ambiental o del daño ecológico.**

No obstante que estas dicotomías obligan a ejercer la "opción con costo alternativo", la década del 80 y también hasta avanzada la del 90, los países tendían a usar sistemas de comando y control, también denominados prescriptivos, para obtener sus fines o metas ambientales.

Estos sistemas severamente limitaban y coartaban las operaciones de las industrias e inevitablemente conducían (y aún conducen) a la aplicación de estrictas normas de responsabilidad ambiental.[37]

El establecimiento de una política nacional de comando y control, como instrumento correctivo de macrogestión ambiental se compatibiliza exclusivamente con una economía centralmente planificada, donde el Estado no transfiere la

[32] Alto grado de peligrosidad.
[33] Resistente a la degradación.
[34] A través de sus cuerpos receptores y correas transportadoras; viento, agua y especies migratorias.
[35] Absorbidos por grasas y tejidos.
[36] Persistent Organic Pollutants (POPs): A Global Issue; A Global Response. USEPA (Office of International Affairs), 2002.
[37] La reforma legislativa que pretende estar vigente en 2010 se basa importantemente en un sistema de comando y control, con establecimiento de severísimas penas a los contaminadores.

responsabilidad (obligación) de descontaminación ambiental o protección ecológica a los particulares.[38]

La legislación ambiental prescriptiva o de comando es ineficiente y muy costosa de implementar, debido a (A) su verticalidad de aplicación, (B) su necesidad de extenso equipo de fiscalización y fiscalizadores, sofisticadamente entrenados, (C) su necesidad de monitoreo constante de industrias, proporcionado por el aparato burocrático, (D) su necesidad de evaluación analítica y de datos técnicos, (E) su obligatoriedad de reportes e informes, y (F) su necesidad de que el Poder Judicial constantemente se encuentre imponiendo multas, sanciones y penas.

No obstante que los sistemas de comando y control han fracasado sistemáticamente en todos los países donde se ha pretendido instaurar una política ambiental efectiva y eficiente, en países tales como Alemania y los Estados Unidos, en tanto opera parcial y supletoriamente, ha funcionado relativamente bien por la dinámica misma del sistema de fiscalización ambiental: *enforcement*.

El "*enforcement*" sajón es diferente de la fiscalización normativa, del común de los países de la Unión Europea, en tanto aquél es una noción dinámica, a diferencia de la fiscalización continental, que es una noción estática de ejecución normativa. Muchos elementos del "*enforcement*" de la autoridad son, por lo demás, propios de los sistemas preventivos de microgestión ambiental empresarial.

Queremos concluir, en esta primera parte del texto, que hemos advertido insistentemente que el derecho ambiental –en su dimensión de derecho de gestión ambiental– ha desarrollado avanzados mecanismos y modalidades de autocontrol y autofiscalización.[39]

Por lo mismo, una vez más, esta es la rama del derecho en que existen todos los instrumentos –jurídicos, políticos, propiamente de gestión y económicos– para eludir (o mejor aún, impedir) la generación del daño, y, con ello, que la responsabilidad legal nazca, y, con esto, a su vez, que se genere la cadena de la aplicación de penas por parte de la autoridad de fiscalización.

En la parte siguiente del texto, comentaremos la normativa ambiental del siglo XXI, que es esencialmente preventiva, donde se han diseñado instrumentos alternativos y corregulatorios de fiscalización (autofiscalización ambiental de las industrias). A ello le seguirá una tercera parte, referida al "*enforcement*" del derecho ambiental en los Estados Unidos.

[38] Es inconsistente con una economía ecológica de mercado.

[39] El auténtico derecho ambiental es preventivo y anticipatorio. También éste es de naturaleza jurídica híbrida, lo cual lo somete al derecho público y al derecho privado (autonomía de la voluntad de las partes).

# La implicación de inversionistas extranjeros en ciertas violaciones a los derechos humanos

**Sébastien Manciaux**
Maître de conférences en la Université de Bourgogne,
membre del Centre de recherches sur le droit des marchés
et des investissements internationaux (CREDIMI)

Traducción: **Carlos Hecker**, Abogado
Magister en Derecho de los mercados, de los negocios
y de la economía en la Université de Bourgogne

1. Es difícil imaginar dos ramas del derecho tan alejadas la una de la otra, como el derecho de las inversiones internacionales y los derechos humanos.[1] La primera está destinada a regir la actividad de los agentes económicos internacionales, dentro de los cuales destacan las grandes multinacionales; la segunda, a establecer y a hacer respetar los derechos fundamentales reconocidos a todo ser humano. Sin embargo, las relaciones entre ambas ramas no tienen nada de novedoso, ya que existe, al menos desde 1974, fecha en que se inició en el seno de la Comisión de Naciones Unidas sobre las sociedades transnacionales, un *Proyecto de Código de conducta de las sociedades transnacionales*. El instrumento que se debía elaborar tenía como finalidad la regulación de la actividad de las multinacionales en el contexto general de las reivindicaciones por un nuevo orden económico internacional; su carácter coercitivo (fuerza obligatoria o no) formaba parte de los asuntos que debían resolverse.[2] Entre los deberes de la sociedad transnacional en cada uno de los Estados donde ejerce su actividad,

[1] En realidad, los derechos humanos no constituyen, dentro del plano académico, una rama del derecho; sin embargo, forman parte de una rama que luego de llamarse "libertades públicas", se denomina actualmente "derecho de las libertades fundamentales".

[2] Al respecto, ver por ejemplo A. A. Fatouros, "Le projet de Code International de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évaluation", JDI 1980, p. 5, y asimismo el documento de la federación internacional de derechos humanos de fecha 15 de marzo de 2006, *"Comments to the interim report of the Special representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and others business enterprises, february 22, 2006"*, disponible en el sitio Internet http://www.fidh.org con las referencias a los documentos pertinentes desarrollados por la ONU.

figuraban el respeto de la soberanía del Estado receptor de la inversión, la obediencia de las leyes, la no ingerencia en materia política, así como el respeto por los derechos humanos.[3] Dada la reticencia expresada por los países de origen de las multinacionales, el proyecto nunca pudo ver la luz, a pesar de largas negociaciones, ratificándose expresamente su fracaso en 1992.

2. Bajo la forma de recomendaciones desprovistas de fuerza obligatoria, otros dos proyectos destinados al mismo fin fueron adoptados durante la segunda mitad de los años 70. Se trata de las *Directrices de la OCDE* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) *para empresas multinacionales,* adoptadas en 1976 y de la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social,* elaborada por el Consejo de Administración de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) en 1977.

Haciendo referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a cierto número de convenciones internacionales de la OIT, la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* –en sus sucesivas modificaciones– se circunscribirá de forma natural a la esfera de las relaciones de trabajo; las recomendaciones contenidas en ella dicen relación esencialmente con las condiciones de trabajo (salario decente, seguridad) y con el derecho de los trabajadores a asociarse y sindicalizarse.[4]

Las *Directrices de la OCDE para empresas multinacionales* no mencionan expresamente los derechos humanos, sin embargo, hacen referencia a algunos de ellos cuando tratan la participación de las multinacionales en el bienestar económico, la preservación del medio ambiente y el respeto del derecho de los trabajadores a asociarse y sindicalizarse.[5] Tal y como el instrumento anterior –modificado varias veces desde 1976–, éste también carece de fuerza obligatoria, aun cuando sea justo agregar que no quedó del todo sin efecto, gracias a la puesta en marcha de procedimientos de verificación de su aplicación.[6]

---

[3] Para profundizar este tema, ver A. A. Fatouros, "Le projet de Code International de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évaluation", op. cit., nota 3; ver asimismo Samuel K. B. Asante, *"The concept of the Good Corporate Citizen in International Business", ICSID Review,* FILJ 1989, pp.1 y ss.

[4] Texto reproducido en *International Investment Instruments: a Compendium,* Nueva York y Ginebra, 1996, vol. I, pp. 89 y ss.

[5] Texto reproducido en *International Investment Instruments: a Compendium,* Nueva York y Ginebra, 1996, vol. I, pp. 183 y ss.

[6] Al respecto, ver A. A. Fatouros, "Le projet de Code International de conduite sue les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évaluation", op. cit., nota 3, así como las referencias citadas por el autor, p. 16. Ver asimismo M. Snoussi "Les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Aspects récents", in *Mélanges offerts au Doyen Abdelfattah Amor,* Túnez, Centre de Publication Universitaire, 2005, pp. 907 y ss., especialmente p. 913.

3. Desde fines de los años 70 hasta mediados de los 90, la confrontación entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos fue perdiendo intensidad, principalmente debido al progresivo debilitamiento de la reivindicación de un nuevo orden económico. No obstante, desde hace una década la aludida confrontación ha resurgido, como consecuencia del importante lugar que las inversiones internacionales ocupan en la mundialización de la economía y de la importancia que han ido adquiriendo las problemáticas no comerciales en las relaciones económicas internacionales. Dichas problemáticas son diversas y conciernen a variados temas, como la lucha contra el trabajo forzado o contra el trabajo de los niños, el derecho a la preservación de la cultura de los pueblos, el respeto por el medio ambiente, etc.

Estas problemáticas que han logrado acaparar el centro de la atención como consecuencia de ciertos hechos o acontecimientos lamentables,[7] a menudo revelados por ONG (organizaciones no gubernamentales), marcan la irrupción de la "sociedad civil internacional" para la resolución de las grandes preguntas de nuestra época, preguntas que hasta hace poco sólo eran tratadas en esferas restringidas a algunas organizaciones internacionales o en el ámbito de las relaciones intergubernamentales.

4. Las nuevas interpelaciones a las multinacionales, acerca de las consecuencias de sus comportamientos, han suscitado dos tipos de respuestas. Por una parte, las multinacionales decidieron, en su gran mayoría, adoptar un "código de buena conducta", verdadera "guía ética" destinada a delimitar y moralizar su comportamiento y el de sus empleados. Por otra parte, la Organización de las Naciones Unidas ha vuelto a lanzar diversos proyectos destinados a regular el comportamiento de las multinacionales. Formando parte las unas de la auto-rregulación, y las otras de la regulación consentida, estas iniciativas cuya gran mayoría aun se encuentra en curso, suscitan y han suscitado muchas dudas.[8]

[7] Acusaciones contra el grupo total de haberse aprovechado del trabajo forzado de prisioneros en Birmania, inclusión de la excepción cultural durante las negociaciones –que finalmente fracasaron– para lograr un acuerdo multilateral de inversión (el conocido AMI), campañas contra el trabajo infantil con la emblemática figura del joven Iqbal Massih, asesinado en 1995, multiplicación de los "accidentes" climáticos que ponen de relieve la incidencia de las actividades económicas humanas sobre la evolución del clima, etc.

[8] En cuanto a los códigos creados por las multinacionales, ver por ejemplo A. Martin-Serf, "La modélisation des intruments juridiques", en *La mondialisation du droit*, obra colectiva realizada bajo la dirección de Eric Loquin y Catherine Kessedjian, Paris, Litec, 2000, pp. 179 y ss., especialmente pp. 191-192 ; G. Farjat, "Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés") en *Les transformations de la régulation judique*, obra colectiva realizada bajo la dirección de G. Matin y J. Clam, Paris, LGDJ, 1998, pp. 151-164; M. Snoussi, "Les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Aspects récents", op. cit. nota 7, especialmente pp. 915-917. En cuanto a los nuevos proyectos iniciados en el marco de Naciones Unidas, ver por ejemplo M. Snoussi, "Les sociétés transnationales et les droits de l'homme. Aspects récents", op. cit., nota 7, especialmente pp. 908-915, Ph. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme", en *Où va le droit des investissements?*, obra colectiva realizada bajo la dirección de F. Horchani, Paris,

5. En el marco de los litigios relativos al derecho de las inversiones, y hasta el día de hoy, es a favor de los inversionistas extranjeros que se invocan los derechos humanos, ya sea en el plano procesal (derecho a un proceso justo),[9] ya sea en cuanto al fondo del asunto (derecho al respeto de la propiedad, indemnización en caso de expropiación).[10] Aunque ello pueda parecer paradojal, no lo es realmente, pues luego de un análisis serio, el derecho de las inversiones y los derechos fundamentales comparten algunos puntos en común. El uno como el otro fueron creados históricamente para proteger a las personas, naturales o jurídicas, contra un abuso de parte del poder público; en un caso, protección contra las expropiaciones y otras medidas estatales arbitrarias, y en el otro caso, protección contra las restricciones ejercidas contra la libertad individual, de la cual dos de sus componentes son precisamente el derecho de propiedad, y en caso de litigio, el derecho a un proceso justo. Sin embargo, cuando hacemos referencia a la interacción entre los derechos de las inversiones y derechos humanos, lo hacemos más bien pensando en la limitación de aquél por parte de éstos. Esa será precisamente la perspectiva desde la cual realizaremos nuestro estudio.

6. La mayor parte del tiempo, una operación de inversión se realiza a través de la creación de una empresa o a través de la adquisición de todo o parte de una empresa ya existente. Es difícil imaginar que una operación económica como esa pudiere, por sí sola, vulnerar los derechos humanos. Sin embargo, tomando en consideración que la actividad se materializa en un territorio determinado, es evidente que toda operación de inversión provoca un impacto en las personas que allí se encuentren. Es al momento de la explotación de dicha inversión que los eventuales atentados contra los derechos humanos pueden aparecer. El estudio de diversas hipótesis de violación de derechos humanos producidas por una operación de inversión (I) deberá acompañarse de los procedimientos susceptibles de ser utilizados para sancionarlas (II).

## I. La violación de los derechos humanos como consecuencia de una operación de inversión

7. Pueden vislumbrarse dos hipótesis en relación a la violación de los derechos humanos como consecuencia de una operación de inversión; la primera es

Pedone, 2006, o el documento precitado de la Federación internacional de derechos humanos (ver infra nota 3).

[9] Caso *Biloune c. Ghana*, sentencias ad hoc de 27 de octubre de 1989 y de 30 de junio de 1990, caso *Loewen Group c. Estados Unidos* (ARB (AF)/98/3), sentencia Ciadi (Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones) sobre el fondo, de fecha 26 de junio de 2003.

[10] Caso *Amco Asia c. Indonesia* (ARB/81/1), sentencia Ciadi de 31 de mayo de 1990, § 125, caso *Tecmed c. México* (ARB (AF)/00/2), sentencia Ciadi de 29 de mayo de 2003, § 122.

aquella en que el inversionista extranjero es el autor de la violación, mientras que en la segunda, el inversionista simplemente se beneficia con ella. La diferencia entre ambas hipótesis será determinada por la actitud que adopte el Estado receptor de la inversión (en adelante Estado receptor). En el primer caso, no tiene responsabilidad en la violación y podrá prevalerse de ella y oponerla al inversionista en caso de litigio; en el segundo caso, el Estado es el autor de la violación de los derechos humanos que beneficia al inversionista; por consiguiente, la posibilidad de un eventual diferendo entre ambos protagonistas es difícil de imaginar.

### A. El inversionista extranjero autor de la violación de los derechos humanos

8. La situación en que el inversionista extranjero sea apuntado como el único autor de una violación a los derechos humanos –cometida entonces a espaldas del Estado receptor– no ha tenido lugar hasta nuestros días, en ningún tipo de procedimiento. Jamás se ha alegado, en materia de arbitraje internacional para la solución de diferendos relativos a inversiones, que un inversionista extranjero haya realizado una tal actividad. Lo anterior no quiere decir que ello no haya tenido lugar o que no sea una situación susceptible de ocurrir; y debemos agregar que con ocasión de litigios relativos a concesiones de distribución de agua, varias ONG opusieron a los derechos del operador extranjero el derecho de la población al acceso al agua potable, subentendiendo entonces que la actividad del inversionista no respetaría lo que se considera como un derecho fundamental.[11] Por consiguiente, aun cuando en la actualidad ningún caso de violación de derechos humanos realizada exclusivamente por el inversionista extranjero haya sido sancionado, ello no debe conducir a la renuncia de un estudio prospectivo sobre la materia.

9. El primer punto a destacar es que los inversionistas, en su calidad de entidades privadas, no son los garantes del respeto de los derechos humanos. Los garantes de éstos son los Estados que se han obligado a respetarlos, principalmente por medio de sus respectivas Constituciones, y en el plano internacional, a través de la ratificación de acuerdos y convenios internacionales, entre los cuales se encuentran la Declaración universal de derechos humanos o las convenciones regionales (europea o americana por ejemplo) de derechos humanos. Ahora bien, a pesar de no ser los garantes del respeto de los derechos humanos, los

[11] A este respecto pensamos principalmente en el caso Aguas del Tunari c. Bolivia (ARB/02/3), que vio la luz luego de la rescisión de un contrato de distribución de agua. A pesar de haber obtenido en 2005 una resolución en cuanto a la competencia por parte del tribunal arbitral Ciadi, en enero de 2006 la empresa se desistió de su pretensión, poniendo fin al litigio, como consecuencia de una fuerte campaña internacional iniciada en su contra por numerosas ONG.

inversionistas deben respetarlos. En derecho francés todo titular de un derecho fundamental puede hacerlo valer contra los poderes públicos (relación vertical), pero también contra otras entidades del mundo privado (relación horizontal), dentro de las cuales encontramos los inversionistas extranjeros,[12] sin embargo, aun en las relaciones entre privados, el poder público debe intervenir. En efecto, si un privado alega que otro ha transgredido uno de sus derechos fundamentales, aquél debe iniciar un proceso judicial si pretende lograr el cese de la violación y/o la reparación de los daños. A este respecto, debemos señalar que es en función del derecho penal llamado a reprimir la transgresión a los derechos humanos que se determinará si se está en el plano interno (derecho penal interno) o internacional (derecho penal internacional). Tratándose del orden jurídico internacional, se ha sostenido que ciertas empresas multinacionales podrían quedar sometidas a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en función de su actividad ejercida en el extranjero.[13]

10. ¿Quiere decir entonces que no hay violación alguna a los derechos humanos por parte de los inversionistas, sino hasta que el comportamiento que se les reprocha corresponda a una infracción penal? Esta interpretación es correcta siempre que se trate de algún tipo grave de violación a los derechos humanos, tales como un atentado contra la vida, a la integridad corporal, a la libertad de movimiento, al derecho de propiedad, etc., a las cuales corresponden las siguientes infracciones penales respectivamente: homicidio, lesiones, secuestro, robo, etc. Pero es muy difícil que dichos actos tengan lugar, dado que suponen que empleados del inversionista, o bien milicias a sus órdenes, los realicen directamente; por lo demás, no se trata de un accionar que el inversionista esté dispuesto a realizar, debido a los efectos que ello podría acarrearle tanto en el Estado receptor como en su país de origen e incluso en los demás Estados en que opera: intervención del poder público en el primer caso, repudio generalizado o incluso recursos en su contra, en los otros dos.[14]

11. La relación derechos humanos/infracciones penales es mucho más difícil de establecer respecto de ciertos derechos que actualmente se enfrentan con la actividad del inversionista, directa o indirectamente. Hacemos referencia principalmente a una serie de diferendos nacidos de la privatización de servicios de distribución de agua o de manejo de desperdicios. Para poner término a los contratos de concesión suscritos con los inversionistas extranjeros, los poderes públicos (Estados o colectividades locales) reprocharon a los dichos inversionis-

[12] Ver por ejemplo, *Droit des libertés fondamentales*, obra colectiva, París, Dalloz, 2ª ed., 2002, especialmente p. 156.
[13] J.-Ph. Bufferne, *"La mise en œuvre du statut de la Cour pénale internationale et la responsabilité des entreprises multinationales"*, *Revue Juridique d'Auvergne* 2005, vol. 2, p. 127.
[14] Ver *infra*, II.

tas el establecimiento de tarifas que hacían muy oneroso el acceso al agua o el peligro para la población cercana que podría representar el hecho de continuar con sus actividades de almacenaje de desperdicios, respectivamente.[15] Vemos entonces que están en juego el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho de acceso al agua potable.

12. Tratándose del "derecho-acreencia" a un medio ambiente libre de contaminación, su puesta en práctica resulta bastante difícil; ya que por una parte la determinación de sus titulares (¿cada individuo o la humanidad?) y de sus acreedores (¿cada Estado o la comunidad internacional?) aún no es clara, y por otra, este derecho reviste la mayor parte del tiempo la forma de disposiciones "programáticas" que definen principalmente objetivos para los Estados.[16] Lo anterior se ve agravado si consideramos que dicho derecho no se encuentra protegido por normas penales. A modo de ejemplo, el derecho penal francés aborda el tema del derecho a un medio ambiente libre de contaminación solamente desde el punto de vista de la polución del agua (Código del Medio Ambiente) o de las amenazas de orden ecológico que pudieren derivar de actividades terroristas (art. L. 421-2 del Código Penal).

Dentro del marco europeo, a falta de disposición relativa al tema ambiental en la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte europea reprime los atentados al medio ambiente a través de otras disposiciones, como aquellas relativas al respeto del domicilio o de la vida privada y familiar.[17] Así las cosas, la sanción a las infracciones medioambientales cometidas por un inversionista se encuentra asegurada por las sanciones penales que reprimen atentados a otros derechos humanos, como lo son el derecho al respeto del domicilio o el derecho a la integridad física. ¿Pero qué ocurre si el atentado al medio ambiente no produce un daño directo ni a un ser humano ni al agua?

13. El derecho de acceso al agua potable, que aparece en una serie de litigios que oponen a los inversionistas con los Estados, presenta aun más dificultades. El principal reproche que se hace a los inversionistas concierne el aumento de las tarifas, que vuelve el acceso al agua mucho más difícil, especialmente para el sector más pobre de la población.[18] Desde el momento en que puede darse

[15] Esa fue la situación en los casos *Ciadi Metalclad c. México* (ARB (AF)/97/1); *Vivendi Universal c. Argentina* (ARB/97/3); *Waste Management c. México* (ARB (AF)/98/2), y *Aguas del Tunari c. Bolivia* (ARB/02/3).

[16] Ver *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., nota 13, p. 47.

[17] *Ibíd.*, p. 342.

[18] Ver los casos *Vivendi Universal c. Argentina* (ARB/97/3), y *Aguas del Tunari c. Bolivia* (ARB/02/3). Estos litigios muestran además una cierta responsabilidad por parte de las autoridades públicas que permitieron las tarifas aplicadas por los concesionarios extranjeros; la mayor parte del tiempo, dichas alzas tarifarias se encontraban previstas en el contrato de concesión como contrapartida de la renovación de los sistemas de distribución, muchas veces antiguos e insuficientes, a cargo de los propios inversionistas

por sentado que el derecho de acceso al agua es un derecho fundamental reconocido a todo ser humano, así como a toda población y a todo Estado,[19] la pregunta que queda por resolver es saber si el inversionista viola o no este derecho al aumentar las tarifas del agua, o bien al disminuir o incluso cortar su distribución a quienes no pueden permitirse el pago de las facturas.

La pregunta es difícil de responder, sin embargo, podemos realizar ciertas observaciones, como por ejemplo, que en el derecho francés no existe un reconocimiento incondicional del acceso al agua para las personas. Así, el artículo 6-1 de la ley de 31 de mayo de 1990 (reformada por la ley de 13 de agosto de 2004), destinado a regular la puesta en marcha del derecho a la vivienda, dispone que "medidas de urgencia deben preverse para la concesión o pago de ayudas, desde el momento en que ellas condicionan la firma de un arriendo, evitan cortes de agua, de energía...". Por consiguiente, cortar el agua en caso de facturas impagas no es ilegal en Francia, y la mayor parte de los contratos de distribución de dicho elemento prevén efectivamente ese tipo de sanción, aun cuando sea muy raramente aplicada en la práctica. Los tribunales no han logrado uniformar jurisprudencia respecto de este tema sensible; a veces se ha decidido que el contrato entre el granjero y el usuario es un contrato sinalagmático que da derecho a una de las parte a no ejecutar sus obligaciones cuando la otra incumple a su vez las propias (TGI Sarreguemines, ord. ref., 8 de marzo de 1994, CGE c. *SCP Résidence Rive Droite*), y que el corte en el servicio de distribución de agua se encuentra justificado si el usuario no logra demostrar el pago de sus facturas (TGI París, ord. ref., 25 de marzo de 1996, *CGE c. Louisg*). No obstante lo anterior, otras decisiones han rechazado la interrupción en la prestación de tales servicios, fundadas en que ella "no sería una actuación humanamente tolerable" (TGI París, ord. ref., 20 de noviembre de 1992, CEP c. *Sté Pari*), o incluso sin motivación alguna (TGI Paris, ord. ref., 20 de abril de 1993, CEP c. *Sté Viletta*).

Asimismo, podemos observar que en el litigio entre Vivendi Universal y Argentina, el inversionista reprochaba a la colectividad pública que le otorgó la concesión, la provincia argentina de Tucumán, de haber intentado, al momento de renegociar el contrato de concesión, privarlo del derecho a cortar el suministro de agua potable a los usuarios que no habían pagado. Lo anterior implica que el contrato inicial reconocía dicho derecho al concesionario extranjero.[20]

extranjeros. Claro está, esta forma de proceder se debe a que ciertos Estados no tienen la capacidad financiera y/o tecnológica para efectuar dichas renovaciones.

[19] A este respecto, ver el estudio de P.-M. Dupuy, "Le droit à l'eau, un droit international?", *EUI Working Paper Law*, N° 2006/6, susceptible de ser consultado en internet en el sitio de la European University Institute de Florencia (http://cadmus.iue.it).

[20] Caso Vivendi Universal c. Argentina (ARB/97/3), sentencia Ciadi de 21 de noviembre de 2000, § 66.

14. En base al análisis efectuado, se podría afirmar que el derecho de acceso al agua para todo ser humano todavía forma parte de las disposiciones programáticas, de aquellos objetivos que los Estados deben alcanzar, y que corresponde a estos últimos asegurar su efectividad, estableciendo, por ejemplo, un servicio mínimo de acceso al agua. En efecto, no sería justo ni realista hacer recaer, sin compensación, toda la responsabilidad de respetar este derecho sobre el inversionista extranjero; el único efecto de una medida como esa sería la partida de los inversionistas del territorio de los Estados que se comporten de dicha manera, dejándolos sin recursos ni tecnología para satisfacer este derecho fundamental.

La cuestión sobre la influencia del Estado en el comportamiento del inversionista adquiere otra dimensión en la hipótesis que abordaremos a continuación, esto es, en aquellos casos en que el inversionista no hace más que "beneficiarse" con la violación de los derechos humanos llevada a cabo por el Estado receptor.

### B. El inversionista extranjero como beneficiario de la violación a los derechos humanos

15. Numerosos son los países que hoy en día continúan ignorando, o incluso pisoteando, los derechos humanos más esenciales, y no parece ser que con la mundialización de la economía esta situación de hecho vaya a modificarse. Muy por el contrario, la vulneración del derecho de propiedad de las poblaciones locales, la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, pueden significar una ventaja comparativa importante a los ojos de algún inversionista poco escrupuloso que vea en dichos Estados la mano de obra dócil que necesita.

En esta materia, los casos que alcanzaron pública notoriedad son numerosos. El primero de ellos afectó a la sociedad norteamericana Unlocal, acusada en 1997 de haberse beneficiado del trabajo forzado organizado por los militares birmanos, para la construcción de un gasoducto necesario para la explotación de su inversión. Un caso similar en el mismo país tuvo como protagonista, tiempo después, a la sociedad francesa Total. Pero esos no son los únicos casos, las actividades de otras multinacionales occidentales también fueron puestas en tela de juicio, tal fue el caso de Royal Dutch por el homicidio de varios aldeanos por parte del ejército nigeriano, de Chevron por razones similares en el mismo país, y de Firestone, debido a las condiciones de trabajo impuestas en las plantaciones de caucho que eran explotadas en su beneficio en Liberia. Y esta lista no es exhaustiva...

16. En el plano jurídico, las sociedades concernidas se defienden señalando que no son ellas las culpables de dichos actos, culpabilidad que recaería en el Estado

receptor o en alguna de sus emanaciones, y ello lo argumentan formulando las siguientes preguntas:

– ¿Puede un inversionista extranjero tener conocimiento del comportamiento reprensible de las autoridades del Estado receptor? y al mismo tiempo, ¿está el inversionista en posición de ejercer un control sobre las actividades del último o de influir en ellas?

- Desde un punto de vista más general, ¿puede un inversionista ser considerado responsable del comportamiento de las autoridades de un Estado soberano?[21]

17. De inmediato surgieron respuestas a dichas interrogantes. En primer lugar, si un inversionista extranjero no puede ser considerado como responsable del comportamiento de las autoridades de un Estado soberano, no puede tampoco pretender ignorarlo. Ya en 1997, en el caso Unlocal, una jurisdicción norteamericana estimó que la sociedad "sabía o debería haber sabido que el ejército cometería abusos". Por lo tanto, es de cargo del inversionista la responsabilidad de informarse acerca del contexto económico-social del país en el que pretende invertir y de continuar haciéndolo durante toda la duración de la explotación de dicha inversión. Esta obligación de información deriva en una alternativa para el inversionista, en caso de violación a los derechos humados por parte de las autoridades del Estado receptor: salir del país incriminado (tal como lo han hecho ya numerosas empresas en el caso de Birmania) o quedarse y arriesgar su responsabilidad.

18. En caso de adoptar la segunda alternativa, es conveniente distinguir según se trate de responsabilidad penal o de responsabilidad civil. En lo tocante a la responsabilidad penal, parece ser que contra la sociedad Unlocal se estableció la calificación de "complicidad por suministro de medios". Si la incriminación por complicidad corresponde a la hipótesis en estudio (inversionista no como autor sino que como beneficiario de la violación a los derechos humanos), el elemento revelador de dicha complicidad (el suministro de medios) nos parece vago. Si pudiera simplemente perseguirse la responsabilidad de los inversionistas extranjeros que operan en países que no respetan los derechos humanos, prácticamente todos serían considerados más o menos responsables, puesto que son pocos los Estados que respetan los derechos fundamentales en todo momento y en todo lugar. Las democracias occidentales no escapan a esta realidad, sobre todo en materia de proceso justo, de ausencia de discriminación, etc.

[21] Preguntas formuladas, por ejemplo, en el sitio web de Total, consagrado al caso birmano recién expuesto (http://birmanie.total.com/fr).

Por lo tanto, el inversionista extranjero no puede ser considerado como cómplice en la violación de los derechos humanos, sino cuando ésta haya sido cometida en su beneficio directo y siempre que esté consciente de este hecho (una presunción en este sentido ya se ha establecido). De este modo, la complicidad del inversionista no puede resultar por el sólo hecho de encontrarse en el territorio de un Estado incriminado.

19. En materia civil, la responsabilidad del inversionista extranjero es evidentemente más difícil de comprometer si no hace más que beneficiarse de la violación de los derechos humanos. Sin embargo, al menos en derecho francés, existen diversas alternativas. Por ejemplo, si las autoridades estatales actuaron a solicitud del inversionista, podría pensarse en una coautoría. Podemos también pensar que en caso de trabajo forzado impuesto por el Estado a favor del inversionista, las víctimas podrían intentar hacer valer la responsabilidad del artesano o empresario por los hechos del aprendiz o dependiente. Además de estas hipótesis que forman parte de la responsabilidad por el hecho ajeno, ¿podría invocarse contra el inversionista extranjero la responsabilidad por negligencia o imprudencia contemplada en el artículo 1383 del Código Civil?

Finalmente, y si ninguna de las alternativas analizadas permite a las víctimas lograr su objetivo, aún queda la acción por enriquecimiento sin causa (acción *in rem verso*), siempre y cuando el patrimonio del inversionista haya aumentado sin causa legítima o en detrimento del de la víctima.

## II. Los procedimientos susceptibles de utilizarse para sancionar las violaciones

20. Los procedimientos a utilizar para sancionar la violación a los derechos humanos por parte de un inversionista extranjero difieren según quien inicie la acción. Debemos entonces analizar sucesivamente los procedimientos a disposición de las víctimas, del Estado de origen del inversionista y del Estado receptor.

### A. Los procedimientos a disposicion de las victimas

21. La vía normal que tiene una persona para reclamar contra una violación a alguno de sus derechos fundamentales, es recurrir a los tribunales del lugar en que se cometió la infracción, sea que ésta haya sido cometida por un privado o por alguna emanación del Estado. Recurrir a las jurisdicciones internacionales, como son por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos o su homóloga interamericana, no es concebible sino en una segunda etapa, luego de haber

agotado todas las instancias internas.[22] En los casos en que el ordenamiento jurídico lo permita, la denuncia de tales hechos debería igualmente dar lugar al inicio de acciones por parte del Estado en cuyo territorio acaecieron.[23]

22. Sin embargo, y tal como lo han demostrado los razonamientos antes expuestos, la mayor parte del tiempo será el Estado receptor el autor de dichas violaciones, mientras que el inversionista extranjero se limitará sólo a beneficiarse de ellas. Por ello es absolutamente comprensible que las víctimas no puedan o no deseen dirigirse a las jurisdicciones internas, por temor a que, en caso de que éstas sean dependientes del poder central, su situación se vea incluso agravada. ¿Podría entonces vislumbrarse la posibilidad de que las víctimas recurran a otros tribunales nacionales, específicamente aquellos del país de origen del inversionista? Nada se opone a esta solución, siempre y cuando existan disposiciones jurídicas que lo permitan, es decir, normas positivas que otorguen competencia a dichos tribunales para tomar conocimiento de hechos ocurridos en el territorio de otro Estado.

23. Tales reglas existen hoy en día en diversos ordenamientos jurídicos y han sido ya utilizadas por las víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas como consecuencia de una operación de inversión.

En primer lugar destacamos, por ser la regla más antigua y la primera en su clase en ser utilizada, la *Alien Tort Claim Act*, adoptada por el congreso de los Estados Unidos en 1789. Esta ley otorga competencia a las jurisdicciones federales estadounidenses para pronunciar las consecuencias civiles de daños cometidos a extranjeros que deriven de la violación del derecho internacional o de un tratado del cual Estados Unidos sea parte. Esta ley fue utilizada en 1997 por demandantes birmanos en el caso *Unlocal*, y también en otros casos citados precedentemente.[24] La nacionalidad norteamericana o extranjera poco importa para esta norma. Dentro del tema que nos ocupa, basta con que el demandante extranjero pretenda obtener la reparación de un perjuicio sufrido como resultado de una violación a los derechos humanos, vale decir, la violación de una obligación internacional relativa a los derechos humanos suscrita por cualquier Estado. El demandado no será el Estado autor del acto (quien

[22] A este respecto, ver por ejemplo *Droit des libertés fondamentales*, op. cit. nota 13, p. 356. Para la CEDH se trata del agotamiento de las vías procesales de derecho interno, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de un recurso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[23] Hipótesis analizada *infra*, § 29 y ss.

[24] Para un mayor desarrollo sobe el tema, ver por ejemplo Ph. Kahn *"Investissements internationaux et droits de l'homme", en Où va le droit des investissements?*, op. cit., nota 9; P. Abadie, *"A new story of David and Goliath: The ATCA gives victims of environmental injustice in the developing world a viable claim against multinational corporations", Environmental Law Journal, Golden Gate univ. law rev.*, vol. 34, N° 3, 2004, pp. 745 y ss.

posee inmunidad de jurisdicción), sino que el inversionista extranjero acusado de complicidad en la realización del acto, siempre que dicha complicidad se encuentre debidamente establecida.

Este sutil mecanismo jurídico posee ciertos problemas, al menos desde el punto de vista del derecho francés, por cuanto parece haber una clara diferencia entre la "complicidad por suministro de medios financieros", la cual supone una simple actitud pasiva del "cómplice", y la responsabilidad civil derivada de la intervención directa de esta persona en la ejecución del acto.[25]

24. Habrá que esperar, en todo caso, para saber cuál es la postura del derecho estadounidense al respecto, puesto que el caso Unlocal terminó por transacción, de acuerdo a la cual los demandantes birmanos retiraron su demanda a cambio de una indemnización para cada una de las víctimas y de la creación de un fondo, por parte del inversionista, destinado a mejorar las condiciones de vida, de educación y de salud de los aldeanos residentes en las proximidades del lugar donde se sitúa la inversión. Los demás casos están en curso, sin embargo hay que destacar el reconocimiento de su competencia por parte de las jurisdicciones norteamericanas.

25. Un mecanismo de competencia aun más ambicioso había sido ideado por el legislador belga en beneficio de los tribunales de su país. Se trataba de la ley de "competencia universal", la cual permitía a los tribunales belgas conocer cualquier violación a los derechos humanos cometida en el mundo, quienquiera que fuera su autor o sus víctimas. Sin embargo, dicha ley fue abolida en agosto de 2003, como consecuencia de las dificultades políticas que creaba para Bélgica: muchos jefes de Estado o de gobierno invitados a dicho país se vieron amenazados por posibles procesos en su contra, dejando en una posición muy delicada a la diplomacia belga.

26. Una acción como aquellas iniciadas en Estados Unidos contra los inversionistas precitados ¿es posible de ejercer en Francia? Ciertamente, la ley penal francesa permite la aplicación extraterritorial de la misma, pero a condición que el autor (artículo L.113-6 del Código Penal) o la víctima (artículo L.113-7 del mismo cuerpo normativo) de la infracción tengan nacionalidad francesa. Luego, no existe una competencia universal, mas sirve al menos para perseguir los delitos y crímenes cometidos por un francés, persona natural o jurídica, en el extranjero. Este tipo de competencia explica que el tribunal de Nanterre haya podido en 2002 iniciar una investigación, luego de la demanda interpuesta por ocho aldeanos birmanos que acusaban al grupo francés Total de secuestro y trabajo forzado (efectuado bajo presión del ejército birmano). Lamentable-

[25] Ver sin embargo *supra*, § 19.

mente para nuestro análisis, este caso también concluyó en una transacción el año 2005: indemnización para las víctimas por un monto de 10.000 euros por trabajador y la creación por parte del grupo Total de un fondo en beneficio de los aldeanos por un monto de 5.2 millones de euros.[26] Ahora, tratándose de una acción destinada a perseguir la responsabilidad civil independiente de toda responsabilidad penal, las reglas de conflictos de jurisdicción (artículos 15 del Código Civil y 42 del nuevo Código de Procedimiento Civil o del Reglamento Bruselas I) otorgan asimismo competencia a las jurisdicciones francesas para conocer un asunto que oponga a un extranjero con un inversionista francés.

Si bien lo importante es que esas vías de derecho existen, dados los resultados de los casos Unlocal y Total, uno podría preguntarse si no sería una buena medida permitir que los Estados de origen de los inversionistas puedan también sancionar las violaciones a derechos humanos que cometan sus nacionales en el extranjero.

### B. Los procedimientos a disposicion del Estado de origen de los inversionistas

27. La primera vía a explorar es la puesta en marcha, por parte de las autoridades del Estado, de un procedimiento judicial de oficio, sin necesidad de una demanda interpuesta por la víctima extranjera. Esto no sería posible de acuerdo a la interpretación efectuada por las jurisdicciones norteamericanas respecto de la *Alien Tort Claim*, según la cual para aplicar esta ley, es necesaria una demanda interpuesta por un extranjero. En el derecho francés, la persecución de delitos cometidos por un francés fuera del territorio de la República no es posible sino en virtud de una solicitud de la víctima (artículo L.113-8 del Código Penal), lo que impide el ejercicio de cualquier actividad a realizarse de oficio por el ministerio público. Los crímenes, en todo caso, no se encuentran cubiertos por esta restricción, lo que abre la posibilidad de perseguirlos sin necesidad de intervención de la víctima.

28. Otra vía merece también ser mencionada. Puesto que el Estado de origen propone a sus inversionistas mecanismos destinados a facilitar y/o garantizar sus actividades en el extranjero, cabe preguntarse si dichas medidas no podrían quedar sólo reservadas a aquellos inversionistas que respeten los derechos humanos en los países donde operan. Esta condición supone la instauración

[26] *Le Monde*, 30 de noviembre de 2005. En este caso, la fiscalía de Nanterre consideró que la investigación efectuada "no acreditó los arrestos ni los secuestros, pero sí el trabajo forzado", delito que no se encuentra, como tal, reprimido por el derecho francés, y por consiguiente solicitó no se diera lugar a los argumentos de los demandantes. En enero de 2005, esta solicitud fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Versailles. Cuando la investigación retomó su curso, Total y la asociación Sherpa (representante de los demandantes) acordaron una transacción.

de un mecanismo de control sobre las actividades en el extranjero de los inversionistas nacionales. Una iniciativa en este sentido fue propuesta por una comisión parlamentaria canadiense que recomendó el 23 de junio de 2005 que las ayudas gubernamentales a favor de actividades económicas en el extranjero, estuvieran sujetas a la condición de respetar los estándares de responsabilidad social y de derechos humanos, principalmente a través del estudio de impacto sobre los derechos humanos. La comisión, igualmente, hizo un llamado a la elaboración de normas claras, que permitieran perseguir la responsabilidad de las empresas canadienses que no respetaran el medioambiente o los derechos humanos en el extranjero; posteriormente, y como consecuencia de esta normativa, las actividades de la compañía minera canadiense TVI Pacific Inc. en Filipinas fueron puestas en tela de juicio.[27] Sin embargo, el gobierno canadiense, hasta el día de hoy, no ha tomado en consideración esta denuncia, llegando incluso a negarse a adoptar cualquier acción específica contra dicho inversionista, contentándose con responder que las vías procesales ordinarias se encuentran disponibles para iniciar cualquier demanda en su contra.[28] La feroz competencia a la que se enfrentan los países industrializados a través de "sus empresas", con el fin de marcar presencia en la economía mundial, explica por qué los Estados prefieren no hacerlas cargar con obligaciones que no deben soportar sus competidores.

### C. Los procedimientos a disposicion del Estado receptor

29. El Estado receptor que constata la infracción constitutiva de violación a los derechos humanos cometida por un inversionista, debe estar facultado para actuar de oficio, sin solicitud previa por parte de la víctima, de acuerdo a su propio ordenamiento jurídico; en este sentido podrán utilizarse los procedimientos penales antes citados o aquellos específicos destinados a las inversiones. Estos procedimientos, que pueden ser judiciales o administrativos, tienen por objetivo sancionar las faltas cometidas por el inversionista respecto de las obligaciones que pesan sobre él y que contrajo al momento de tomar la decisión de invertir en un país determinado. Estas obligaciones son de diversos tipos, las hay técnicas (por ejemplo respeto de las normas contables), pero otras son más generales, dentro de las cuales encontramos frecuentemente el respeto de la legislación del Estado receptor (y en consecuencia, de los derechos humanos) por parte del inversionistas. Así las cosas, si dicho inversionista viola por ejemplo los derechos fundamentales de los trabajadores o el derecho de propiedad de las personas que habitan en las cercanías del lugar donde se explota la inversión, aquél estará al mismo tiempo violando la legislación nacional

[27] Fuente: *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, 30 de junio de 2005, difundida por el Instituto internacional del desarrollo sustentable (http://www.iisd.org).
[28] Fuente: *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*,26 de octubre de 2005.

del Estado receptor, exponiéndose entonces a las sanciones que correspondan, las cuales pueden ir desde una multa hasta el retiro del permiso administrativo que autorizaba la inversión (o incluso a la resolución del contrato de inversión, si dicho instrumento fue utilizado para formalizar la operación).

30. Si un Estado actúa de la manera recién señalada, ¿puede temer que el inversionista (alegando que la medida adoptada por el Estado constituye una expropiación no indemnizada o una medida equivalente a una indemnización) persiga internacionalmente su responsabilidad? En este punto conviene precisar que todos los tratados internacionales relativos a inversiones y la gran mayoría de las legislaciones internas, prevén la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional como forma de arreglo de diferencias.[29]

31. La respuesta a la pregunta recién formulada debe responderse negativamente. El tribunal arbitral que se constituya para determinar si efectivamente se está en presencia de una expropiación sin su correlativa indemnización, deberá tomar en consideración las explicaciones del Estado en cuanto a las medidas adoptadas por éste contra el inversionista,[30] cualquiera que sea el derecho aplicable. Las normas relativas a la protección de los derechos humanos pertenecen tanto a la esfera del derecho interno como a la del derecho internacional, aun cuando existan diferencias en cuanto al contenido de dichos derechos en ambos órdenes.[31] Según algunos autores, el problema en este caso consistiría en establecer una jerarquía entre las reglas que protegen al inversionista y aquellas que protegen los derechos humanos, especialmente en los casos en que las primeras se encuentren contenidas en un tratado internacional. Ahora bien, no vemos cómo el encuentro entre ambos cuerpos normativos de derecho internacional podría no beneficiar la protección de los derechos humanos; cuando éstas se encuentran claramente identificadas por el derecho internacional, la regla destinada a asegurar la protección de los derechos humanos adquiere el valor de *jus cogens*, es decir, de una norma imperativa ante la cual las demás normas internacionales deben subordinarse, incluidas aquellas contenidas en

[29] En relación a la problemática entre los derechos humanos, por una parte, y los tratados bilaterales de inversión y arbitraje en materia de inversiones, por otra, ver L. E. Peterson y K. R. Gray, *"International Human Rights in bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration"*, estudio que data de abril de 2003, realizado por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable y disponible en su sitio web (http://www.iisd.org).

[30] A estas alturas, conviene precisar que esta situación es la única en la que las jurisdicciones internacionales del derecho de las inversiones pueden enfrentarse a la problemática de los derechos humanos. Ello, en razón de su competencia *ratione personae* (competencia para conocer de los litigios entre inversionistas y Estados receptores de inversión) y *ratione materiae* (competencia para conocer exclusivamente litigios derivados de las operaciones de inversión). La víctima de la violación de alguno de sus derechos fundamentales carece de la posibilidad de acceder a dichas jurisdicciones, lo mismo para los Estados de origen del inversionista.

[31] Una ilustración muy clara del asunto puede encontrarse en la obra colectiva citada precedentemente, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit. nota 13.

los tratados relativos a las inversiones.[32] La intervención de jueces privados (árbitros internacionales) en la materia no nos parece del todo incorrecta, ya que aun cuando no son los guardianes de ningún ordenamiento jurídico, tienen la responsabilidad de velar por el respeto del orden público internacional, el cual ordena, a su vez, que los derechos fundamentales sean respetados.

32. Por lo demás, no es del todo seguro que el derecho de las inversiones y los derechos humanos se opongan sobre este punto. Si el derecho de las inversiones internaciones tiene una función de protección para los inversionistas extranjeros, esta protección no es de ningún modo absoluta y no les permite por consiguiente actuar del modo que les plazca. Sobre este punto, se ha demostrado que la jurisprudencia arbitral internacional en materia de diferencias relativas a inversiones no reconoce como equivalente a una expropiación una medida adoptada por un Estado para sancionar el comportamiento ilícito del inversionista.[33] Y cabe preguntarse, ¿la violación de los derechos humanos no es acaso el arquetipo de comportamiento ilícito que se puede reprochar a un inversionista extranjero?

Nada permite entonces imaginar que pueda algún día reprochársele a un Estado el haber sancionado a un inversionista extranjero culpable de la violación de un derecho fundamental.

33. El problema en este caso es otro y reside en la identificación precisa de aquello que compone los derechos humanos; ya que tampoco debe caerse en el extremo de considerar como un atentado a los derechos humanos toda actitud reprochable del inversionista.

Sobre este punto, recordémoslo, la protección de los derechos humanos pasa necesariamente por la definición precisa de los mismos, principalmente a través de la "penalización" de los atentados en su contra, tarea que corresponde a los Estados y no a los particulares. Lo anterior pone de manifiesto el auge de la persecución de la responsabilidad de los inversionistas extranjeros involucrados en violaciones a los derechos humanos, auge que podría constituir *in fine* un excelente medio para expandir y desarrollar estos últimos en el mundo.

[32] En este sentido, ver R. Bachand, M. Gaillé y S. Rousseau, *"Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques"*, AFDI 2003, pp. 575 y ss., especialmente p. 605. Estos autores desarrollan además otros argumentos interesantes destinados a establecer la supremacía de los derechos humanos sobre el derecho de los inversionistas, como por ejemplo, la inserción de dichos derechos humanos en la declaración de Naciones Unidas y la superioridad de la misma sobre toda otra convención internacional concluida por sus miembros.

[33] Ver nota de estudio "Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux investissements", en *Où va le droit des investissements?*, obra colectiva realizada bajo la dirección de F. Horchani, cit. nota 8.

# Los Acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia

**Julio César Valdivia Pérez**
Profesor Ayudante Derecho Comercial
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## 1. Introducción

En el análisis de cualquier disciplina que forma parte del ordenamiento jurídico resulta imprescindible acudir a los principios rectores que informan de contenido a los preceptos obligatorios vigentes. Ello constituye una cuestión obvia en la ciencia del derecho, toda vez que la exégesis –aunque necesaria– es del todo insuficiente para abordar grandes problemáticas que dan figura a toda una rama del derecho, como sucede con el medio ambiente.

De hecho es este concepto holístico, por sobre una idea serial del medio ambiente, la que nos permite declarar que la legislación que tiene como bien jurídico al señalado, desborda de aquella que meramente tenga una "relevancia ambiental", que como dice el profesor Fernández Bitterlich, "si bien se refieren al ambiente, lo hacen desde una perspectiva puntual, dirigida hacia un aspecto específico, como por ejemplo las normas sanitarias".[1]

Así las cosas, es menester dilucidar en qué categoría circunscribimos al entorno como objeto de estudio del derecho, en tanto es protección de la esfera individual, o si, por el contrario, constituye el aseguramiento de un contexto público o general. Lo cierto es que ello es relevante para centrar el tópico relativo a los principios que enunciamos al comienzo, y es por tal razón que cuando se caracteriza al derecho del medio ambiente[2] se suele señalar que en su generación y aplicación existe un predominio del interés público, por sobre

[1] FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro: (2001) Manual de Derecho Ambiental Chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

[2] "El derecho ambiental es el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que puedan influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sis-

el privado, de "forma tal que en caso de dudas para un caso concreto, debe prevalecer la interpretación que privilegie los intereses de la sociedad, es decir, *in dubio pro ambiente*".[3]

La gran interrogante planteada acerca de los "principios del derecho ambiental" reside en que ellos han nacido –generalmente– al alero de órganos y conferencias internacionales, que no tienen la capacidad coercitiva para imponer los criterios logrados. Este *"soft law"* es origen de disposiciones que, bien son fuente de políticas públicas, o se presentan como manifestaciones de "principios generales de derecho", pero cuya operatividad se ha puesto en duda, de no mediar el respectivo acompañamiento en los instrumentos legales específicos del derecho nacional. Ahora bien, se ha expresado que tales "principios" "reconocidos por las naciones civilizadas", como señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, constituyen fuente vinculante para definir el sentido de un "principio de derecho internacional"[4] (principal promotor del derecho ambiental). Dicho de otra manera, instituciones como la "*bona fides*" o el "*pacta sunt servanda*" sirven de fundamento a la creación de principios de derecho internacional, los cuales son a su vez el gran germen de los institutos asociados al medio ambiente.

Supóngase el caso de la "Declaración de Río",[5] que lo que hace en estricto rigor es enunciar una serie de principios que, aunque sin fuerza vinculante, incentivan a los firmantes a adoptar estas formulaciones, ya sea como políticas públicas, o como legislación vigente. Sin ir más lejos, el principio 11[6] señala con luminosidad que los Estados deberán (término imperativo) introducir los estatutos necesarios para mejorar la eficacia en la protección del entorno, lo que nos conduce con celeridad a sostener que la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (N° 19.300) fue dictada en ese ámbito de ideas.[7]

---

temas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos". BRAÑES, Raúl: (1994) *Manual de Derecho Ambiental Mexicano* (Ciudad de México, Editorial Fondo de Cultura Económica).

[3] ASTORGA JORQUERA, Eduardo: (2004) *Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Editorial LexisNexis).

[4] MAES, Franc: (2007), *Los principios de derecho ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el derecho internacional marítimo, un cambio para los legisladores nacionales". En Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* N° 7 (*online*) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] Disponible en http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/7/art/art5.htm

[5] Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

[6] Declaración de de Río: (1992). Principio 11: Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.

[7] El Mensaje de S.E. el presidente de la República (387-324), de 14 de septiembre de 1992, y que antecede al proyecto de ley, expresa que dicha legislación se basa en seis principios; a saber: principio

Pertinente es apuntar, en el marco de lo propuesto, que la "Declaración de Río" dota a las declaraciones allí vertidas de "un estatus autoritativo para el desarrollo posterior como principios jurídicos",[8] debido principalmente a "la adopción por consenso (del instrumento) y el carácter normativo de las palabras usadas (por ejemplo "debe y "debería")".[9] Todas estas consideraciones –muy preliminares y menores– nos interesan para entender el fenómeno del derecho ambiental como tema de estudio, y su viva relación con los principios que le son propios, y que le sirven no sólo para comprender el sentido valorativo que llevan ínsito las normas del ramo, sino también para "fundamentar las normas de orden jurídico".[10] Aun más, creemos no inventar nada al expresar que estas máximas inspiran la interpretación de la normas, y también consiguen diseñar las políticas públicas, confiriendo materialidad a los instrumentos de gestión ambiental.

Principios como el *precautorio* o el *contaminador pagador* no fueron invenciones de "Río".[11] Por cierto que no existe novedad, ello no nos parece en ningún caso cuestionable; muy por el contrario, persigue el concepto de "coherencia" que robustece al derecho del medio ambiente, por lo que adhiriéndonos a la doctrina nacional, y al Mensaje de la Ley 19.300, añadiremos como fundamentales principios a los ya mencionados, al de *responsabilidad*,[12] al de la *gradualidad*,[13] y al de *desarrollo sustentable*,[14] que ha dado lugar a críticas, por cuanto se estima que estamos frente a un concepto, más que a un "principio de derecho ambiental".[14]

preventivo, principio del que "contamina paga", principio de gradualismo, principio de la responsabilidad, principio participativo, y el principio de eficiencia.

[8] MAES, Franc (2007) p. 202

[9] MAES, Franc (2007) p. 202

[10] ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 20

[11] Siguiendo en "Río" diremos que, pese a la trascendencia de la declaración, que nos permite –inclusive– inferir sin lugar a dudas que dio pie –por ejemplo– a países como Chile, que no habían expedido legislación medioambiental, a que cursaran la suya, es patente que los grandes principios allí expuestos, tuvieron su origen en otras instancias anteriores; a saber: el principio precautorio fue introducido por la Declaración del Mar del Norte, o "el principio del que contamina paga", fue incorporado por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo en una recomendación del año 1972.

[12] Con el cual se pretende que los responsables por los daños ambientales reparen a sus víctimas de todo daño. Además, se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado. En consecuencia, el principio de la responsabilidad supera los ámbitos de lo que se denomina responsabilidad civil, creando una nueva figura que podría denominarse "responsabilidad por daño ambiental". Mensaje 387-324 de la Ley N° 19.300. De Bases Generales del Medio Ambiente. Santiago, Diario Oficial, 9 de septiembre de 1994

[13] "Establecido para el modelo chileno, sostiene que el desarrollo y cumplimiento de las metas establecidas, e incluso de la propia normativa ambiental, debe ser paulatino, tal como se constata en el instrumento de los Planes de Descontaminación". ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 23

[14] MAES, Franc (2007) p. 206.

En resumen, y tomando la "Declaración de Río" como un "instrumento globalmente aceptado, (éste) debe ser considerado como un *principio* de valor normativo, siendo esto algo novedoso",[15] puesto que de alguna manera eleva a la condición de *principio general de derecho* a los especialmente relativos al medio ambiente. En este orden de cosas, nos atreveremos a entregar un concepto propio de principios de derecho ambiental, configurándolos como aquellas manifestaciones axiológicas que conforman un bloque sistemático y coherente de normas, cuyo objeto es el respeto y promoción del cuidado del medio ambiente, y que actúan como fuente directa de los preceptos legales, reglamentarios y de los instrumentos de gestión ambiental.

La razón de definir, de conferir un marco de comprensión, nos lleva a explicar el porqué de la relación entre estos principios, y el tema intrínseco de la presente entrega, que son los "Acuerdos de Producción Limpia". Más allá de las explicaciones que expondremos acerca de su naturaleza, se hace preciso entender a qué máximas responde la institución. Desde luego se torna de suyo facilitador a la hora de concebir su entidad como instrumento de gestión ambiental.

## 2. De los Principios Informantes de la Producción Limpia

Sostendremos en este trabajo que los principales presupuestos de la política de producción limpia, y de los "Acuerdos de Producción Limpia" en particular, son básicamente dos: el principio de *cooperación* público-privada, y el principio *preventivo*. Ello, entendido no como negación de otros que pudieren incidir en alguna materia de un APL, sino como la selección de los más trascendentes a la hora de erigir su naturaleza.[16]

El principio de *cooperación* público privado o *participativo* ha sido diseñado bajo el prisma de la democracia representativa. Es lógico consagrarlo así, en tanto la Administración, cuya actividad se ve legitimada por la participación, debe recepcionar el aporte de los administrados a la hora de dotar de conte-

[15] MAES, Franc (2007) p. 206.

[16] Tanto es así, que la Norma Chilena Oficial *NCh* 2797-Of2009 detalla a lo menos 11 principios, cuales son los de cooperación público-privada, voluntariedad, gradualidad, autocontrol, complementariedad con las disposiciones obligatorias consideradas en el APL, prevención de la contaminación, responsabilidad del productor sobre sus residuos o emisiones, utilización de las mejores técnicas disponibles, veracidad de la información, facultades y competencias de los organismos de la Administración del Estado y cumplimiento de los compromisos por las partes. Norma Chilena Oficial 2797- Of2009 sobre "Especificaciones" de APL, Norma que ha sido aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 29 de diciembre de 2008. Declarada Oficial de la República de Chile por Resolución Exenta N° 501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009.

nido a las políticas medioambientales, y a las normas a que estarán sujetos los particulares. Se dice que "para garantizar una gestión ambiental adecuada se requiere que todos sus actores tengan un rol activo".[17]

Podría afirmarse que un primer objetivo de la participación ciudadana en materia de medio ambiente está ligado eminentemente a la defensa del ecosistema en que se vive, en la búsqueda de la protección ante la contaminación, y a la preservación del patrimonio ambiental. De manera que "es esencial estimular la capacidad de respuesta de la comunidad organizada frente al deterioro ambiental, para lo cual la sociedad afectada directa o indirectamente debe iniciar las acciones necesarias en defensa de la naturaleza".[18] Para ello, está explicitado un régimen en la misma Ley de Bases N° 19.300 en los artículos 3° y 54 para obtener la *reparación* del medio ambiente, incoando la respectiva "acción ambiental" que tiene como limitación la eventual superposición de objetos con la acción indemnizatoria, en tanto la reparación en naturaleza suele constituir en si misma un sustituto de la indemnización, como lo señala el profesor Barros.[19] Mas esa forma primigenia de representar a la participación o cooperación es más bien representativa de la *responsabilidad*,[20] o al menos se confunde con ella.

En donde claramente adquiere el cariz que tratamos de infundirle es en el terreno del ejercicio de ciertas potestades administrativas, que en principio reservadas exclusivamente al Estado, por motivos de eficiencia,[21] son *compartidas* con los destinatarios de la acción estatal, como ocurre con la creación de instancias de participación de los ciudadanos en los procedimientos ambientales. Esto mencionado en términos generales; no obstante siguiendo una hipótesis que acá trataremos de demostrar, la mentada cooperación se dará, por un lado en la colaboración en el ejercicio de la potestad administrativa, y por otro lado, en la existencia de mecanismos (destinados) a los particulares para aumentar voluntariamente los niveles de protección ambiental.

[17] ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 25.
[18] FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (1994) p. 51.
[19] BARROS BOURIE, Enrique (2006) *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 809.
[20] La responsabilidad en la Norma Chilena Oficial *NCh.* 2797-Of2009 ha sido descrita como un objetivo que busca el "reafirmar que el generador tiene la responsabilidad de manejar adecuadamente los residuos o emisiones derivadas de su actividad". Norma Chilena Oficial 2797-Of2009 sobre "Especificaciones" de APL, Norma que ha sido aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 29 de diciembre de 2008. Declarada Oficial de la República de Chile por Resolución Exenta N°501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009
[21] Cuestión relativa a la profusa existencia de normativa ambiental, altamente desperdigada en ámbitos sectoriales, y que exhiben poco grado de cumplimiento. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (1994) p. 51.

La Ley N° 19.300 recoge este principio, y de alguna manera también evidencia esta bifurcación a que hacemos alusión. Entre otras cosas porque incorpora instrumentos de gestión ambiental, que son expresa concreción de la *participación*. En el primer segmento propuesto, la elaboración de las *normas de calidad ambiental* da cuenta de ello. Así el artículo 32, a propósito del envío al reglamento del procedimiento de dictación de las normas señala que dentro de las etapas que deben coexistir, están las "consultas a organismos competentes, públicos o *privados*". Tanto es así, que el Reglamento respectivo consagra un plazo para que los particulares manifiesten sus observaciones a un anteproyecto de norma. A mayor abundamiento, el artículo 44 inciso 3°, a razón de los "Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación",[22] ajusta el procedimiento de tales instrumentos a los mismos criterios del citado artículo 32.

Ahora bien, hemos postulado que existe otra manera de abordar el advenimiento de la *cooperación* en el marco de la gestión ambiental chilena, y ella consiste en la creación de mecanismos de incentivos a los particulares para el aumento *voluntario* de la protección del medio ambiente. En esa sede afincaremos –aunque no exclusivamente– la producción limpia, y su herramienta más eficaz: los acuerdos de producción limpia (APL), por cuanto creemos que lo que distingue fundamentalmente a los acuerdos suscritos, de la participación de los interesados en la creación de normas de calidad ambiental y de emisión, es que existen aparejados a la normas propiamente tales, los incentivos de orden económico que hacen aun más atractiva a estas formas.

Otro principio relevante a la hora de caracterizar a la producción limpia es el *preventivo*.[23] Como se ha signado con anterioridad, y bajo el mismo esquema, este principio es tributario en la legislación del Medio Ambiente, a intención del tratamiento de los "Planes de Prevención". Y en materia propiamente tal de APL, la fundamentación de la normativa[24] pertinente se incrusta en que

[22] "Se trata de mecanismos realistas, cuyo origen data de la experiencia inglesa del año 1958, con ocasión de la crisis atmosférica de Londres, en donde en un solo episodio murieron miles de personas, instrumento que luego fue replicado, entre otros, por los alemanes, en la década de los 70 y 80, cuando comprobaron que gran parte de sus ríos estaban contaminados, en virtud de lo cual las alternativas eran eliminar las fuentes emisoras o bien establecer un procedimiento gradual de descontaminación, resultando esta última medida de gran efectividad real" ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 247.

[23] Por el cual "se pretende evitar o reducir efectos negativos de carácter significativo sobre el entorno, justificados jurídicamente –impacto ambiental– o antijurídicos –daño ambiental–. Este es el principio inspirador del Derecho Ambiental, y hasta la fecha aquel en virtud del cual se han desarrollado la mayoría de los instrumentos de gestión ambiental". ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 21.

[24] "La implementación de la PL generalmente disminuye los costos de inversión en equipamiento de *fin de tubo* (*end of pipe*) al considerar desde el inicio de los procesos productivos la prevención minimización de la generación de residuos o emisiones que, de otra forma, deben ser tratados y/o dispuestos. Por otra parte, puede reducir la exposición de los trabajadores a situaciones de riesgo y el número de accidentes laborales". Norma Chilena Oficial *NCh.* 2797-Of2009, declarada oficial de la República de

la prevención resulta inclusive más eficaz para el productor cuyo proceso considera un "impacto ambiental".[25] Tal es el grado de comunión entre el principio propuesto y la institución del estudio que la propia Norma Oficial 2797-Of2009 describe a la prevención de la contaminación no tan sólo como principio, sino además como un objetivo propio de un APL; llegando inclusive a explicarlo –específicamente– como "el uso de procesos, prácticas, materiales o productos que eviten, reduzcan o controlen la contaminación desde su origen, e incluye acciones vinculadas a la sustitución de materiales, uso eficiente de los recursos, cambios en el proceso, reutilización, reciclado y recuperación de residuos, tratamiento y disposición final adecuada".[26] Las expresiones son prístinas y coincidentes con lo que sugerimos. La potencialidad de evadir eventuales consecuencias dañosas –y por ello, gravosas económicamente para su autor– motiva desde luego a buscar opciones que incorporen al proceso productivo *prácticas* que, colaborando en la disminución de contaminantes, reduzcan los costos de elaboración, y más aún, reciban un premio o incentivo por su adopción.

Finalmente expondremos nuestra particular visión sobre los restantes principios contenidos en la norma vigente sobre los APL en lo que respecta a su incidencia general, pues aunque estamos contestes que en el marco de la inspiración de un acuerdo de esta naturaleza tales mandamientos en ningún caso deben contrariarse, es preciso deslindar aquello que es estrictamente descriptivo de la esencia jurídico-material, o incluso instrumental del pacto, de lo que reposa en cimientos más elementales, propios del derecho ambiental, como los dos principios antes declarados. Así ocurre –por vía de ejemplo– con la voluntariedad. El fenómeno ligado a ella se enmarca más bien en el estudio del APL por lo que creemos más prudente referirnos allí al punto. Lo mismo ocurre con el *autocontrol*, la *complementariedad*, la *utilización de la mejor técnica disponible*, y con el principio de *cumplimiento de los compromisos de las partes*. Distinto quizás es el asunto referido a la *responsabilidad*, y a la *gradualidad*. Sobre la primera ya nos expresamos, teniendo presente que toda prueba constituye un principio general del derecho, y ello basta para considerarlo incluido –no sin obviar su fineza en materia ambiental– en toda institución jurídica. Y sobre la segunda, aunque citada por algunos autores como principio de derecho ambiental,[27]

Chile por Resolución Exenta N° 501, de 8 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009.

[25] Ley N° 19.300, De Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 2° letra K) "Impacto Ambiental: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada".

[26] 4.1.6 Principios y Objetivos de un APL, *Prevención de la Contaminación*. Norma Chilena Oficial *NCh* 2797-Of2009

[27] "Establecido para el modelo chileno, sostiene que el desarrollo y cumplimiento de las metas establecidas por la Administración, e incluso de la propia normativa ambiental debe ser paulatina, tal como se

nos inclinaremos por la opinión de que constituye –en el caso– más bien un elemento de consecuencia indispensable en el cumplimiento de un APL, que lo que propiamente denominamos como principio jurídico ambiental.

## 3. Política de Producción Limpia

En el cuadro amplio del *desarrollo sustentable*[28] se entrecruzan dos variables importantes, cuyo ponderador es el concepto antes propuesto. El proceso de *desarrollo productivo* junto a la *política ambiental* vienen a modular[29] el derecho de las personas de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que es en el fondo la traducción al mundo del derecho del desarrollo sustentable. De ese modo, la Administración, y por cierto con sujeción a los criterios del Poder Constituyente y Legislativo, diagrama los programas y las medidas concretas para alcanzar estos fines, para lo cual se vale también de recursos que han tenido su origen en las instituciones y países de la vanguardia en estos asuntos. Así ocurre con la *producción limpia* que a juicio del Gobierno de Chile "representa **un eslabón que articula la política ambiental con la política de desarrollo productivo**".[30]

En primer lugar, y como cuestión previa a la política, es ineludible forjar la idea de *producción limpia*, y en ello, como se ha señalado a propósito de otros tópicos, tampoco hay mayores sorpresas, por cuanto la realidad nacional se ha encargado de recepcionar los postulados que la contingencia internacional ha venido imponiendo. Así, se la ha definido en documentos oficiales como "una estrategia de gestión empresarial *preventiva* aplicada a productos, procesos y organización del trabajo, cuyo objetivo es minimizar emisiones y/o descargas en la fuente, reduciendo riesgos para la salud humana y ambiental, y elevando simultáneamente la competitividad".[31]

constata en el instrumento de los Planes de Descontaminación". ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 23.

[28] Declaración de Río (1992) "Principio 1: Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza".

[29] Con lo que se trata de explicar que ambos términos entrelazados configuran el entorno en que vive una comunidad, y hace por ello menos o más efectiva la posibilidad de las personas de vivir en un medio ambiente libre de contaminación en tanto derecho se concibe, como lo señala la Carta Fundamental. Aun cuando lo determinan de manera fáctica, no condicionan la titularidad del derecho, porque esta es una concepción jurídica asentada en un ámbito material.

[30] Documento; *Política de Fomento a la Producción Limpia*, versión final aprobada por el Comité Interministerial de Desarrollo Productivo, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998, disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/PFPL_1997-2000.pdf

[31] *Política de Fomento a la Producción Limpia*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998.

De la noción referida concluimos que se trata de un instrumento[32] extraído del mundo privado, con especificidad del proceso productivo. Cuyo objeto es la protección de un estándar de vida para las personas acorde con el resguardo de la salud de éstas. Unido a la conservación del medio ambiente en forma que pueda restablecerse por su propia capacidad regenerativa, mediante la utilización de técnicas propicias para la disminución de emisiones y descargas, y que desencadena finalmente un efecto de aumento en la productividad empresarial, por el menor costo que implica el impedir que las externalidades negativas ambientales que ocurren de no mediar esta clase de producción, impacten sobre el precio final del bien o servicio sujeto a ésta gestión mejorada. De allí, saltamos al diseño general, al estímulo horizontal que hace la Administración para lograr que sus objetivos constitucionales y legales en materia ambiental se vean satisfechos, para lo que el empleo de marcos diseminadores de una opción productiva se hace necesario. En ese orden se enmarca la "política de producción limpia", y más concretamente el *fomento* a ella.[33]

Según consta en los documentos oficiales es posible advertir que variadas fuentes internacionales se tuvieron en vista para la coronación de la primera *política de fomento a la producción limpia,* de 1998; una ha sido La "Agenda 21", acordada en Río de Janeiro, clave en la especie, y los acuerdos del Tercer Foro de Desarrollo Productivo, desarrollado en 1997, convirtiéndose esos basamentos en un programa de acción, que para el periodo 1997-2000 tenía cuatro grandes lineamientos: el primero de los cuales era el establecimiento de una verdadera integración y coordinación de los instrumentos de gestión limpia, fundado en la masificación y transferencia de recursos tecnológicos; también mediante el impulso de la *cooperación,* cuestión que incluye la utilización de los APL, y en la creación de un comité público-privado encargado de la difusión de ésta política pública. Seguido del fortalecimiento de la infraestructura tecnológica, y la masificación de la información, para finalmente acometer el perfeccionamiento de la gestión y coordinación pública en la materia.[34]

[32] Ello resulta de 5 acciones, sean éstas combinadas o no: (i) *la minimización y el consumo eficiente* de insumos, agua y energía; (ii) *la minimización del uso de insumos tóxicos;* (iii) *la minimización* del volumen y toxicidad de todas las emisiones que genere el proceso productivo; (iv) el *reciclaje* de la máxima proporción de residuos en la planta y si no, fuera de ella; (v) *y la reducción del impacto ambiental de los productos en su ciclo de vida* (desde la planta hasta su disposición final).

[33] Cuya descripción expresa que se trata de un "propósito general (para) catalizar, incentivar y facilitar el aumento de la competitividad y el desempeño ambiental de las empresas, apoyando el desarrollo de la gestión ambiental preventiva para generar procesos de producción más limpios, incluyendo el uso eficiente de la energía y el agua". *Política de Fomento a la Producción Limpia.* Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998.

[34] *Política de Fomento a la Producción Limpia.* Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998.

Ya en el año 2001,[35] en plena marcha de los objetivos antes planteados, se dispuso evaluar estas medidas, y sugerir nuevas proposiciones para el 2005. El Consejo de Producción Limpia –órgano al que ya nos referiremos– mediante acuerdo N° 7 de 12 de julio de 2001, configura una política nacional, que se oficializa por el Decreto Supremo N° 414 del Ministerio de Economía, de 29 de noviembre de 2001, en cuya virtud se analizan los supuestos que dan pie a esta nueva fase de implementación de la política del ramo. Especialmente destacables resulta para tal documento oficial el hecho de que se hayan suscrito a la fecha 9 APL.[36] En esta nueva fase se propone por tanto "cimentar el camino para plantearse hoy en día el objetivo de consolidar un proceso y establecer, mediante acciones concretas y con un horizonte que mira al año 2005, la producción limpia en Chile".[37]

Esta política acrecienta el valor de la *cooperación* público-privada mediante la promoción de suscripción de APL, en virtud de lo cual se hace una reiteración[38] de uno de los objetivos trazados a 1998. Mismo sucede con el objetivo cuarto explicitado, y que consiste en incentivar la transferencia tecnológica hacía los procesos productivos, pero con la diferencia que se disponen de otras herramientas para atacar el problema, y que consisten en el desarrollo y fortalecimiento de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), y el desarrollo de un "Sistema Nacional de Acreditación, Certificación y Verificación de Tecnologías

[35] Decreto Supremo N° 414 del Ministerio Economía, Fomento y Reconstrucción, de 29 de noviembre de 2001, que oficializa la *Política Nacional de Fomento a la Producción Limpia* 2001-2005. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/ppl2001-2005_completa.pdf

[36] Como principal fruto de este trabajo está la experiencia de los Acuerdos de Producción Limpia, contándose a mediados de 2001 con siete de ellos focalizados a sectores específicos, y dos acuerdos marco, cada uno de los cuales incluye a un sector de la actividad económica nacional, los que incorporan a más de trescientas empresas del sector industrial, minero, construcción y agrícola.

[37] *Rol del Instituto Nacional de Normalización*: Existen una serie de organismos relevantes a la hora de establecer la política de *producción limpia*, sobre todo en lo que dice relación con el marco normativo de los APL, en donde cobra trascendencia la labor que realiza el Instituto Nacional de Normalización (en adelante INN), que como el mismo ha expresado es el "organismo que tiene a su cargo el estudio y preparación de las normas técnicas a nivel nacional". Al INN se le ha caracterizado como una Fundación de Derecho Privado creada por CORFO encargada de la elaboración y uso de las normas chilenas, en materia de *producción limpia* aprueba las disposiciones que confecciona el Comité Técnico de Producción Limpia, que a su vez está conformado principalmente por la División de Normas del INN, y por el Consejo Nacional de Producción Limpia. A la fecha, el INN ha aprobado 4 normas sobre producción limpia, y que han sido oficializadas por las respectivas Resoluciones Exentas del Ministerio de Economía. Estas son: la Norma Chilena Oficial 2796-Of2003 sobre "Vocabulario" de APL, la Norma Chilena Oficial 2797-Of2007 sobre "Especificaciones" de APL, la Norma Chilena Oficial 2807-Of2009 sobre "Diagnóstico, seguimiento y control, evaluación final y certificación de cumplimiento de APL", y la Norma Chilena Oficial 2825-Of2009 sobre "Requisitos para los Auditores y Procedimiento de Auditoría de evaluación de cumplimiento".

[38] Creemos que se hace con el afán de incrementar los sectores productivos a los cuales las bondades del aumento de la productividad trae consigo la implementación de un APL. De hecho un vistazo a 2009 confirma esa hipótesis.

Limpias".[39] Ya más novedosa es la instauración de un objetivo de "perfeccionamiento y simplificación del marco regulatorio" con el objeto de facilitar la prevención de la contaminación,[40] en donde expresamente se reconoce como soporte de aquella búsqueda la ineficiencia administrativa, la duplicidad en las atribuciones de organismos estatales, y la existencia de procedimientos complejos, acompañados de un manto de arbitrariedad administrativa.[41]

Pero en donde encontramos más significancia a este documento ha sido en razón de los instrumentos de fomento para la producción limpia. Allí está el acento más descollante, por cuanto se propone integrar diversos elementos de incentivo, consolidando los programas existentes, y los agregados para estos efectos desde 1998 a la fecha. Pero no se queda ahí nada más, pues junto a la "Línea de Apoyo en Materia Medioambiental" diseñada por CORFO, se busca crear un sistema de certificación que avale a las empresas que incorporen estas prácticas, y se propone crear incentivos para el desarrollo de mercados de tecnologías limpias.[42]

---

[39] *Política Nacional de Fomento a la Producción Limpia* 2001-2005. Decreto Supremo N° 414 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 29 de noviembre de 2001.

[40] La Política de Producción Limpia 2001-2005 recoge estos nuevos desafíos y busca fomentar y promover en conjunto con las instituciones competentes un marco regulatorio que comprenda los aspectos señalados. Para ello, se definen los siguientes ámbitos de acción:

i) Sinergia entre la regulación y el fomento productivo. Significa focalizar los instrumentos de fomento en aquellas áreas en las cuales la regulación ambiental exige nuevos estándares.

ii) Incorporar en la institucionalidad y normativa vigentes, principios generales en aspectos relacionados con prevención de la contaminación, que sean considerados en las evaluaciones ambientales, certificaciones ambientales, autorizaciones sanitarias, etc. (p. ej. Reglamento sobre Residuos Peligrosos).

iii) Fomentar la observancia de las normas, como una forma de asegurar la prevención.

iv) Desarrollar y proponer una calificación industrial moderna, que considere aspectos relacionados con la prevención de la contaminación (industria inofensiva, molesta, peligrosa, etc.).

v) Facilitar el proceso de obtención de patentes industriales, autorizaciones ambientales y sanitarias y programas de fomento a aquellas empresas que incorporan aspectos relacionados con prevención de la contaminación.

vi) Establecer las condiciones que promuevan el reciclaje y la reutilización de subproductos y residuos. Decreto Supremo N° 414 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 29 de noviembre de 2001

[41] Quizás con no tanta crudeza se afirma el estado de las cosas al momento del examen, pero si se registra que debe mejorarse con sujeción a estos criterios el marco regulatorio, por cuanto –y esto lo agregamos nosotros– aquel no ha sido lo suficientemente efectivo por los motivos consignados, a más de lo profuso de sus fuentes

[42] Otros objetivos trazados por el D.S. 414 son: (i) Acción Internacional, lo cual busca consolidar iniciativas dirigidas a fortalecer la cooperación técnica y financiera, la interlocución oficial entre los Gobiernos y las relaciones institucionales dentro del país en temas de producción limpia, desarrollo económico sustentable, políticas regulatorias, tecnologías, productos y servicios ambientales. (ii) Hacia una Cultura de la Producción Limpia, planteándose el desarrollo de propuestas en materia de política comunicacional, utilización de tecnologías de información y comunicación, promoción de la participación a través de canales formales y difusión de iniciativas exitosas. (iii) Seguimiento, Evaluación y Control de la Política, a través del establecimiento del Sistema Nacional de Producción Limpia y un mecanismo de seguimiento y control del mismo, con el fin de monitorear, evaluar y controlar las acciones comprometidas desde el 2001 al 2005.

Finalmente, el Decreto Supremo N° 156, del Ministerio de Economía, expedido el 8 de mayo de 2007, oficializa la Política de Producción Limpia al 2010 que aprobó el Consejo de Producción Limpia en Acuerdo N° 70 de 24 de noviembre de 2006,[43] en donde se realiza un análisis retrospectivo de la labor de esta política pública desde 1997 a la fecha, considerándose que el mayor logro de la época ha sido la creación y actuación del Consejo de Producción Limpia como organismo coordinador e implementador de las iniciativas de esta índole, como asimismo el evidente aumento en la suscripción de APL,[44] ligados a los cuales surge el sistema de certificación.[45] Planteándose a contar de ese diagnóstico, una serie de marcos de acción para profundizar los logros que se advierten, tratando de superar las dificultades que se han observado, y teniendo presente que el objetivo general de la política es la progresión sistemática y eficiente de las prácticas de producción limpia de los actores públicos y privados. Las metas al año 2010 serían el comprometer a dos mil nuevas empresas, principalmente PYMES, en Acuerdos de Producción Limpia, que 600 PYMES alcancen certificación en APL, y que todas las regiones del país estén organizadas para la implementación de la producción limpia.[46]

[43] Decreto Supremo N° 156, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2006, que oficializa el Acuerdo N° 70 de 2006, adoptado por el Consejo de Producción Limpia, y que establece la Política Nacional de Producción Limpia al 2010. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/Politica_de_PL_2010.pdf

[44] Señala la *Política Nacional de Producción Limpia.* A esta fecha se han suscrito 35 APL, que abarcan 27 sectores productivos y en los que han participado 2.500 empresas con 3.560 unidades productivas, la mayor parte de ellas MIPYMES. Se estima que las ventas de este conjunto de empresas corresponden a alrededor de 10% del Producto Interno Bruto del país y representan más del 20% del total de exportaciones. D.S. 156 del Ministerio de Economía, de mayo de 2006.

[45] Cabe destacar que hoy se cuenta con un Certificado de Producción Limpia, que incluye un sistema de auditoria, llevado a cabo por auditores independientes, y un proceso de verificación por parte de la autoridad para las empresas que cumplen la totalidad de las acciones y metas comprometidas en los Acuerdos de Producción Limpia. D.S. 156 del Ministerio de Economía, de mayo de 2006.

[46] Los objetivos específicos trazados por la *Política Nacional de Producción Limpia al 2010* son:

a. Fortalecer la cooperación y acción público-privada a través de la definición e implementación de agendas y programas de producción limpia.
b. Apoyar a las empresas de menor tamaño en sus esfuerzos de modernización productiva o de crecimiento, implementando programas y Acuerdos de Producción Limpia.
c. Profundizar el enfoque de la producción limpia en temáticas como la innovación en tecnologías limpias, energías renovables, el uso eficiente de la energía y del agua, higiene y seguridad laboral, y la aplicación de las mejores tecnologías disponibles.
d. Fortalecer la coordinación y articulación de los organismos públicos para los Acuerdos de Producción Limpia y la incorporación de la producción limpia en su gestión institucional, expresada en sus diversos instrumentos.
e. Fortalecer la capacidad de organismos representativos de diferentes sectores productivos, para el desarrollo de acciones en producción limpia.
f. Fortalecer la capacidad de organizaciones laborales para la promoción e implementación de la producción limpia, como también capacitar trabajadores en esta materia.
g. Fortalecer al Consejo Nacional de Producción Limpia, como órgano dependiente del Ministerio de Economía y de CORFO, en sus relaciones con la institucionalidad ambiental y sanitaria, y su acción en todas las regiones del país.
h. Desarrollar, difundir, articular e implementar instrumentos de incentivo, que faciliten la aplicación en las empresas de tecnologías limpias.

### 3.1. Rol del Consejo Nacional de Producción Limpia

Decíamos que uno de los primeros objetivos esbozados por la primera *Política Nacional de Producción Limpia* era propiciar el incremento en la cooperación público-privada en tanto se estimaba primordial dar un impulso efectivo a la *producción limpia*, siendo para ello necesario disponer del más amplio abanico de actores intervinientes en esta tarea; imprescindible entonces era generar desde el mismo aparato estatal las instancias de diálogo y cooperación descritas. El comienzo de la tarea estuvo a cargo del Comité Público-Privado de Producción Limpia, creado por el Ministerio de Economía el año 1998; no obstante, esa exploración ha tenido su punto cúlmine en la creación del Consejo Nacional de Producción Limpia (en adelante CPL), el que se define como "una instancia de diálogo y acción conjunta entre el sector público, la empresa y sus trabajadores, con el fin de difundir y establecer un enfoque de la gestión ambiental que coloca el acento en la prevención de la contaminación, más que en su control final".[47]

El CPL, que fue creado por el Acuerdo N° 2091/2000 del Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), está comandado por un "Consejo Directivo"[48] y su objetivo principal es "impulsar la producción limpia para lograr mayor sustentabilidad, modernización productiva y competitividad de las empresas, con énfasis en la pequeña y mediana, a través de la cooperación público-privada y la articulación de las políticas y decisiones de los diversos actores".[49]

i. Aplicar por parte de las instituciones fiscalizadoras la Política de Criterios de Fiscalización para las empresas que han suscrito APL.
j. Promover la valoración del Certificado de Cumplimiento de los Acuerdos de Producción Limpia.
k. Desarrollar capacidades en producción limpia, a través de iniciativas que promuevan la transferencia e innovación tecnológica. Asimismo, y a través de programas a escala regional, de formación de capacidades humanas, tanto en el sector privado como público.
l. Consolidar la cooperación internacional en temas de producción limpia, a través de iniciativas dirigidas a fortalecer la cooperación técnica y financiera, con especial énfasis en tecnologías, productos y servicios ambientales, políticas, regulación, alianzas público-privadas, así como la interlocución oficial entre los gobiernos.
m. Desarrollar nuevos mecanismos y estrategias comunicacionales que respondan a las necesidades de una nueva etapa en la promoción e implementación de la producción limpia, para profundizar su inserción en la cultura productiva, en la toma de decisiones públicas y en los actores políticos.
n. Avanzar en la difusión hacia la comunidad organizada en torno a los APL y sus beneficios.

[47] CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Quienes Somos*. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/QuienesSomos/

[48] En el que participan, bajo la presidencia del Ministro(a) de Economía doce representantes, seis de organismos públicos (que corresponden a 2 representantes de CORFO y 4 de organismos públicos con competencia ambiental) y seis del sector privado (Confederación de la Producción y el Comercio, Sociedad de Fomento Fabril, Central Unitaria de Trabajadores, Corporación Nacional de Exportadores, Sociedad Nacional de Agricultura y un representante del sector de la Pequeña y Mediana Empresa)

[49] CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Quienes Somos*. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/QuienesSomos/36

Dentro de las competencias y campos de actuación en que está inmerso el CPL es posible destacar que junto con participar en la creación de Normas de Producción Limpia, el quehacer más enfatizado estriba en potenciar la confluencia de los organismos públicos y privados a través del instrumento primario de desempeño en estas lides, como resulta ser la suscripción de un APL. En el fondo, podría sostenerse que la acción del CPL implica tomar de un lado la *gestión eficiente* asociada a la *producción limpia* y materializarla a través, y con la inspiración de la cooperación público-privada, en un artefacto idóneo, que imbuido de la *voluntariedad* que lleva implícita, posibilita una disminución de las emisiones y descargas naturalmente contaminantes de un productor sujeto a este régimen, por cuya virtud se certifica el empleo de técnicas limpias, detonantes además de efectos de naturaleza económica sobre la productividad asociada al proceso respectivo.

Ahora bien, no es fácilmente reducible la tarea del CPL a la comunión de la *cooperación* con la *producción limpia*, pues también realiza una importante labor de *fomento* financiada por dos fondos, aparte de otros instrumentos de financiación que están ligados directamente a CORFO. Estos fondos son: el de "Promoción de Producción Limpia",[50] que diseñado en cuatro líneas está destinado a proveer de recursos a los estudios de factibilidad de un APL, a la capacitación en materia de APL y a las estrategias de difusión y comunicación de la política de *producción limpia*. Por otro lado, el FOCAL APL de CORFO "entrega a las empresas aportes no reembolsables que cubren parte del costo de consultorías especializadas para implementar Acuerdos de Producción Limpia (APL), tanto en su etapa de implementación como de verificación".[51]

## 4. Los Acuerdos de Producción Limpia (APL)

La promoción de una política pública contemplada para satisfacer un principio de conservación ambiental, que incluye a los titulares del derecho que son las

[50] CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Fondo PL*. "La Línea 1 permite a las agrupaciones de empresas financiar parte importante del costo de las etapas de Diagnóstico y Propuesta de APL, Seguimiento y Control de un APL y Evaluación de Conformidad y Evaluación de Impactos de los Acuerdos de Producción Limpia. Por otro lado, La Línea 2 apoya a empresas, especialmente PYMES, y al sector laboral, en el desarrollo y formación de competencias basadas en destrezas y conocimientos especializados en Producción Limpia (PL) y en APL. Además, la Línea 3 apoya a empresas en la búsqueda, difusión y transferencia de prácticas de cooperación público-privada para el desarrollo e implementación de la PL. Finalmente, la Línea 4 apoya a empresas y a entidades privadas en el desarrollo de estrategias de comunicación para la difusión de resultados, beneficios, buenas prácticas, innovaciones y nuevas formas de gestión de la PL y de los APL, entre las empresas, el mundo laboral y la comunidad en general". Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/Instrumentos/FondoPL/

[51] CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. Fondo PL. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/Instrumentos/FocalAPL/

personas –destinatarios únicos de la norma– no debe, para resultar eficaz, subsistir en una mero control de las reglas que ordenan una actividad económica susceptible de provocar efectos al entorno. Tampoco –y aunque se destaque su valía– es del todo conveniente permanecer en la esfera de la participación ciudadana en el cuidado del ambiente como opinante en la emisión de normas, en los planes de manejo, descontaminación y prevención, y el sistema de Estudio de Impacto Ambiental, aun cuando –y aparte de la señalada acción ambiental, a más de la Acción de Protección Constitucional, y la acción de responsabilidad– se hagan valer expresamente derechos de eventuales interesados y damnificados en las instancias citadas. El cuidado del medio ambiente en nuestros días, nos permite concluir que todo lo anterior resulta insuficiente.

También nos manifestamos en lo tocante al principio de *cooperación* público-privada como ilustrador de dos grandes formas de actuación: por un lado en lo relativo al ejercicio de potestades administrativas (regulación, autorización, control, sanción), y por otro en la expresión de mecanismos de protección ambiental voluntarios para los actores. Insistimos en colocar a los APL dentro de la última orbita, aunque sólo para expresar su naturaleza más profunda, pues concordamos que su entidad excede la *voluntariedad,* en tanto en su seno existen sobrados argumentos para distinguir cierta regulación, como también control ambiental.

Algunos autores nacionales enmarcan los APL como un instrumento económico de gestión ambiental, los cuales "representan una combinación de principios, criterios y mecanismos que, combinados con técnicas de mercado, resultan una excelente oportunidad para, en forma flexible, cumplir exigencias ambientales sin que necesariamente se verifiquen aumentos de costos significativos, sino paradójicamente lo contrario".[52]

Detengámonos un momento en aquella reflexión, para poner de relieve que es la vorágine del mercado, su evolución permanente, la que en un fenómeno de presión sobre los fines que debe cumplir la Administración, permea su capacidad de acción, de modo de que para no quedar al margen del cumplimiento debido de tales mandatos, incorpora elementos que estimamos ajenos –en principio– a las técnicas más clásicas del derecho administrativo, para configurar un cambio de eje, o paradigma. Así, de la perspectiva del control ambiental, se cede a una de la *productividad*[53] en esta materia.

[52] ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 273.
[53] ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 279.

### 4.1. Definición de APL, naturaleza jurídica y premisas básicas

El "Acuerdo de Producción Limpia" ha sido definido reglamentariamente como "un convenio celebrado entre un sector empresarial, empresa(s) y el (los) organismo(s) público(s) con competencias en las materias del Acuerdo, cuyo objetivo es aplicar la producción limpia a través de metas, y acciones específicas"[54] en un conjunto de otras conceptualizaciones básicas para entender los aspectos más vinculados a los APL. Lo hecho por la Norma Oficial es detallar un catálogo para la correcta aplicación e interpretación del Acuerdo, por lo cual, apoyados en él, trataremos de bosquejar los elementos que vislumbramos. En primer lugar, trátase de un "convenio", es decir, de una manifestación de la "actividad concertal del Estado" por medio de la cual la Administración jurídicamente cumple sus fines. Por cierto que ello no debe confundirse estrictamente con los "acuerdos" adoptados por los "órganos administrativos pluripersonales" a razón de lo expuesto por el artículo 3°, inciso séptimo, de la Ley 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos, pues aunque actos administrativos al fin, responden a la forma jurídica bilateral de actuación de los órganos del Estado. Sin perjuicio de ello, sostendremos en relación a la naturaleza de derecho del APL, que se trata de un pacto, que tiene la particularidad de poner por un lado sujetos privados (empresas, o sectores empresariales) y del otro a actores públicos (órganos públicos con competencia en la materia).

Interesante es preguntarse al efecto sobre la naturaleza jurídica de los APL, en un contexto aun más general que el examen de su condición de actuación de la Administración. Creemos que en la actualidad las clásicas formas de intervención del derecho administrativo han quedado obsoletas,[55] o al menos excedidas en su natural entidad de medidas de policía como se las ha estudiado siempre, por cuanto el tejido social se ha complejizado, y los requerimientos que éste impetra a la Administración también son mayores que antaño. Entonces la tensión está instaurada entre la *regulación de policía* cuyo objeto es la tutela de bienes y derechos de sede constitucional y legal, y la *regulación económica* que busca el equilibrio en las relaciones económicas. Ambas desencadenan en una nueva forma de intervención estatal como resulta ser la *regulación de la autorregulación*, que en conceptos simples es la instauración de la *cooperación* privada en los quehaceres más propios de las potestades administrativas, "atribuyendo concretos efectos jurídicos a la autorregulación".[56] Estos concretos efectos de

[54] Norma Chilena Oficial. *NCh* 2796-Of2003.

[55] Así surge "un nuevo derecho, de formación en parte autónoma –autorregulación– y en parte heterónoma –regulación de la regulación–, que adquiere rasgos propios de aquél". DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè: (2002) *Derecho Administrativo y Autorregulación: la Autorregulación Regulada* (Gerona España, Universidad de Girona) disponible en http://www.tesisenxarxa.net/TDX-1212103-121813/index.html

[56] DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè (2002) p. 529.

derecho, sin ir más lejos, son en muchas oportunidades materias propias de la potestad reglamentaria, y aunque, como hemos venido en decir, la renuncia de la expedición de normas –en principio– no está en juego teniendo presente el principio de *Facultades y Competencias de los Organismos de la Administración del Estado*, sí es posible señalar que al menos la fuente, o título por el cual el agente destinatario somete su accionar a una determinada conducta, es el acuerdo, y no el reglamento, o el decreto. Es cierto que la normativa ambiental es profusa, y que casi no hay actor productivo que no se vea alcanzado por alguna norma reglamentaria; no obstante el punto es otro, y reside en si las materias precisas del acuerdo ¿obligan en tanto convenio? Si es así, y ellos, como sugerimos, responden en muchos casos a materias que naturalmente forman parte de la reglamentación, hacen que la disyuntiva esté planteada. Que no haya una reserva expresa a la potestad reglamentaria, como ocurre para la ley, no es óbice para ello.

Finalmente, el objeto del concierto es aplicar la producción limpia, que aunque explicada brevemente, se torna definida[57] por el instrumento oficial de "vocabulario" en las mismas características que le hemos venido adscribiendo, de forma que las metas[58] y acciones[59] son funcionales a la consecución de la *producción limpia*. Queda en ese sentido bastante delimitado y claro el uso de ambos conceptos, en tanto la meta de un APL es la concreción de la *producción limpia* a un caso en particular; objetivo logrado a través de la estipulación de acciones o recursos materiales y técnicos.

### 4.2. Principios específicos y objetivos[60] de un APL

La Resolución Exenta N° 501 de 2009, del Ministerio de Economía, oficializando las normas acordadas por el INN, establece once criterios de los cuales ya

[57] 3.1.12 Producción Limpia (PL): estrategia de gestión ambiental preventiva aplicada a las actividades productivas, con el objeto de incrementar la eficiencia, la productividad, reducir los riesgos y minimizar los impactos para el ser humano y el medio ambiente". *NCh2796-Of2003*.

[58] 3.1.10 Meta: fin al que se dirigen las acciones para alcanzar los objetivos específicos del APL. *NCh2796-Of2003*.

[59] 3.1.1 Acción: medida definida para el cumplimiento del APL, verificable o cuantificable, que las partes que suscriben el Acuerdo se comprometen a ejecutar en los plazos estipulados en el mismo, con el fin de obtener el cumplimiento de las metas específicas propuestas.

[60] Sobre los objetivos, la normativa expone ciertamente aquellos factores que inciden en una mejora del proceso productivo, desde todas las ópticas que hemos venido en señalar anteriormente. De esa manera los APL "sirven como un instrumento de gestión que permite mejorar las condiciones productivas, ambientales, de higiene y seguridad laboral y otras materias abordadas por el Acuerdo, buscando generar sinergia y economías de escala en el logro de los objetivos acordados. Asimismo, busca aumentar la eficiencia productiva y mejorar la competitividad". De lo que se trata en resumidas cuentas es de jerarquizar la gestión, desde la combinación de los factores ambientales y productivos implicados, consecuencialmente distinguiéndose un verdadero orden de prelación de objetivos, encabezados por la prevención de la contaminación, seguida por la mitigación de ella, acompañada en tercer lugar por

hicimos mención, e inclusive a la luz de los "principios de derecho ambiental" remarcamos la especial importancia de dos de ellos. Nos queda por tanto, en el esfuerzo de compresión, solamente comentar los principios que le dan forma a los APL. En ese derrotero, se nos aparece la *voluntariedad,* que es precisada como "la base del sistema de los APL, toda vez que reafirma el carácter voluntario de la firma de un Acuerdo por parte de una empresa".[61] Ahora bien, ello indica que éste sistema ha sido ideado sobre la base colaborativa que despliega la Administración del Estado. Descansa entonces en la libre iniciativa de los particulares que observan que es mejor adecuarse a un nivel de producción que eximiéndolos –en teoría– de una eventual futura normativa gravosa de control.[62] Además les redunda en una mejora en la productividad, y en un acceso a un sistema de financiamiento especial diseñado para la promoción de las conductas empresariales responsables con el medio ambiente. Sin perjuicio de lo cual –dice la norma–, y como es lógico de suponer, el acuerdo obliga en las materias suscritas a sus concurrentes, de manera que no es posible eximirse del cumplimiento de las materias ambientales, productivas y de higiene y seguridad laboral contenidas en el APL, así como del seguimiento y control en el cumplimiento de tales metas.[63]

Enseguida se aprecia que la norma adhiere a la idea de *gradualidad* en el cumplimiento de fines, y también en el empleo de las acciones conducentes de aquellos fines. Por eso es posible visualizarla de dos maneras, como se ha dicho, una tocante a establecer un plazo en el que los fines deben ser logrados, pues uno de los contenidos mínimos de un APL es ese, sin embargo ello, es factible decir que la *gradualidad*[64] se hace presente en la etapa precisa de cumplimiento del APL, toda vez que el seguimiento y control que se precisa en aquel momento requiere de la paulatina incorporación (gradual) de las herramientas aptas, que la norma denomina *acciones.*

---

la adopción de un tratamiento adecuado de la contaminación, y no existiere otra opción, "la adecuada disposición de los elementos que la generan".

[61] Norma Chilena Oficial, *NCh* 2797-Of2009

[62] Expresemos que no constituye una negación de las facultades potestativas de la Administración, o una renuncia, por cuanto ello es inadmisible, sobre todo teniendo presente que uno de los principios inspiradores de los APL según la norma oficial es el de *Facultades y Competencias de los Organismos de la Administración del Estado,* que señala que: "bajo este principio se debe entender que los organismos de la Administración del Estado con competencia en las materias del acuerdo, mantienen todas las facultades definidas en su normativa legal. En consideración a lo anterior, los compromisos que deben cumplir quienes firman un APL están circunscritos a aquellos que se hayan declarado explícitamente en el Acuerdo". Norma Chilena Oficial, NCh 2797-Of2009.

[63] Norma Chilena Oficial, *NCh* 2797-Of2009

[64] 4.1. 3) Gradualidad: apunta hacia el desarrollo a través del tiempo de procesos de adaptación de la empresa a las nuevas exigencias regulatorias y/o de mercado, presentes o futuras, que permiten mejoras continuas e incrementales. Norma Chilena Oficial *NCh* 2797-Of2009

Luego se añade al autocontrol[65] como elemento fundante de los APL. Para explicar el alcance del término, deberemos decir que como expresión indica un rasgo más para sustentar la idea del predominio de las técnicas privadas de colaboración por sobre las clásicas utilizadas por la Administración. No es que postulemos el cercenamiento de la potestad pública irrenunciable de control; es algo más allá. El asunto gravita sobre la hipótesis del desborde de la capacidad administrativa para controlar, por lo que la intervención estatal con el objeto de no ceder en una esfera de su influencia, adopta, para tener la información de lo que sucede a los administrados, las herramientas del mercado, claro está con la colocación de incentivos de naturaleza económica que estimulen al privado a realizar un propio control. Tanta relevancia tiene el punto que una de las normas más trascendentales en materia de APL son las contenidas en la Resolución que señalamos y que recoge las reglas sobre "seguimiento y control, evaluación y certificación".

### 4.3. Breve relación de las etapas de desarrollo de un APL

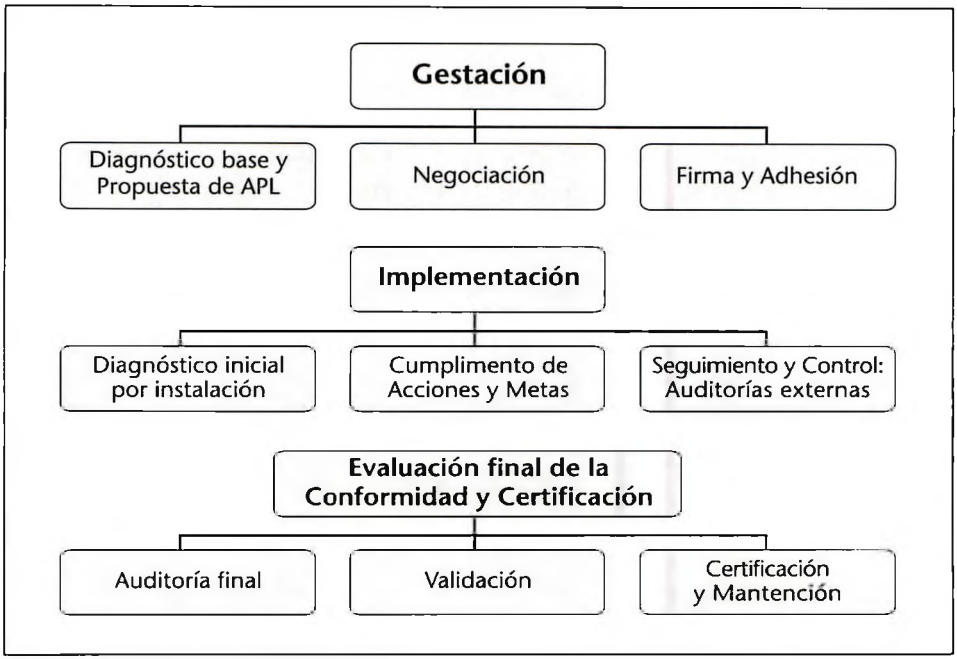
Como cuestión previa al esquema presentado, es necesario señalar que a pesar de apreciar claramente tres etapas en el desarrollo y aplicación de un APL, forzoso es entender que en un marco de actuación desformalizada el o los organismos privados que se representan la necesidad de explorar un acuerdo de la naturaleza expresada, deben materializar dichos supuestos concretamente en la forma de una propuesta de APL, debiendo el CPL calificar la conveniencia y oportunidad del mismo, del modo de gestar la cadena formativa del convenio.

Este desarrollo tiene, como decíamos, tres fases: una de *gestación*,[66] otra de

[65] 4.1. 4) Autocontrol: es el conjunto de actividades desarrolladas independientemente por una unidad productiva que le permite medir, evaluar y corregir oportunamente el nivel de cumplimiento de las acciones y metas comprometidas en el APL. Norma Chilena Oficial NCh 2797-Of2009

[66] En la subfase planteada, los actores privados fundamentalmente realizan un trabajo de diagnosis de su actividad, en la medida que los problemas y oportunidades que los mueven a desplegar sus estudios, sean directamente relacionados con las materias propias de un APL. Se distingue por ello entre una fase de *Diagnóstico Base*, otra de *Propuesta de APL*, y una final de *Negociación y Firma*. La de examen o *Diagnóstico Base*, aunque de exclusiva responsabilidad empresarial, debe respetar ciertos tópicos exigidos por la normativa vigente. A continuación, y teniendo como sostén los estudios realizados, las empresas o sector empresarial deben elaborar una propuesta de APL, sobre la base de los contenidos mínimos exigidos por la norma, para presentarla ante el CPL, quien dará curso del mismo a los organismos de la Administración del Estado competentes. Dispuesta la aprobación del APL de la oportunidad y fundamento de la propuesta; enviados que sean los antecedentes a los órganos encargados, entramos de lleno a la subfase de *Negociación*, que comienza con la formación de un Comité Negociador, encargado de elaborar las propuestas que, expresadas en un borrador final, se someterán a la validación final por parte del CPL. Concluidas las negociaciones, y determinada la aprobación del texto final, los privados están en condiciones de firmar el APL, ya sea conjuntamente con los organismos estatales, o en un plazo de "adhesión" que puede consultarse al efecto.

*implementación,*[67] y la final de *evaluación de conformidad y certificación de acuerdo.*[68] La siguiente figura nos reseña esta realidad:




[67] Desde luego en la fase indicada se llevan a cabo las acciones específicas diseñadas, mediante la utilización de las mejores técnicas disponibles, con el objetivo de alcanzar las metas preestablecidas en el documento continente del APL. También como en la *Gestación* es dable subdistinguir subfases que dan lugar a la *implementación.* Lo lógico es comenzar por el *"Diagnóstico Inicial por Instalación"*, que consiste en "precisar el estado inicial de ella respecto de las acciones y metas comprometidas en el APL"; tarea que debe llevarse conforme a las normas de la NCh 2807-Of2009, seguida de la ejecución de las acciones *(Cumplimiento de Acciones y Metas)*, a las que se le une coetáneamente el *Seguimiento y Control*, en donde es deber de los empresarios efectuar las auditorias internas que deben ser enviadas al CPL, para su comunicación a los órganos públicos involucrados. Todo bajo la supervisión del Comité Coordinador del APL, quien debe velar por el cumplimiento de las normas, así como cualquier otra acción convenida en el APL.

[68] La última fase comienza con la *Auditoría Final*, labor que ya no es encomendada al autocontrol de las auditorias internas, por cuanto debe ser liderada por auditores registrados ante el INN, quienes, cumpliendo las normas expedidas por tal organismo, evalúan el nivel de cumplimiento en cada instalación de la empresa, de las acciones y metas desarrolladas por el APL, debiendo asimismo responsabilizarse de acreditar el cumplimiento de ellas conforme al contenido propio del Acuerdo, señalado en esta norma (*NCh*2807-Of2009) y en *NCh*2807.

Una vez consumadas las averiguaciones y evaluaciones por los auditores registrados ante el INN, los empresarios, tomando razón de ello, deben enviar los informes consolidados, como los de *auditoría final por instalación*, para que los organismos públicos que forman parte del acuerdo, y en un plazo de noventa días, *validen* la auditoría, una vez que la instalación cumple con el 100% de las acciones y metas comprometidas en el APL.

Sobre los resultados que arrojen las auditorias y el proceso de *validación* el CPL debe entregar el *Certificado de Evaluación*, el cual tiene una duración máxima de tres años, no obstante que cada año deben someterse a auditorías de seguimiento, efectuadas por los mismos auditores registrados ante el INN, de modo de verificar que se mantiene un nivel de cumplimiento de los requisitos del APL, que expresan que debe darse satisfacción al 100% de las exigencias comprometidas.

### 4.4. Cumplimiento e Incumplimiento de un APL

Digamos sucintamente sobre el particular que el APL suscrito obliga tanto a los órganos públicos firmantes, como a los privados que lo signan, o que se adhieren con posterioridad.[69] Respecto de los últimos no hay duda que someten su capacidad de determinación a un autocontrol *vigilado* por la Administración, y de obviar las disposiciones que el APL rige, mediante su *incumplimiento grave*, o por la *imposibilidad material de ejecutar los compromisos adquiridos* se verán desafiliados del convenio, e impedidos de gozar de sus beneficios. En relación a los órganos administrativos la duda se centra no en el hecho del respeto y promoción del APL, sino en la limitación a su atributo de dictar normas; sobre lo cual ya nos hemos referido en todo caso.

## 5. Conclusiones

Forzoso resulta aunar algunas consideraciones finales, vinculadas especialmente a la comunión que existe entre los principios generales del derecho, los principios del derecho ambiental, y las normas reglamentarias y los instrumentos de gestión. Los marcos internacionales que hemos citado, como se evidencia en este trabajo, dieron pie a la consagración de la primera gran normativa nacional del tema: la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y por cierto a toda la venidera institucionalidad y profusa reglamentación del tópico.

Que para efectos de la *Producción Limpia* la cooperación público-privada y el principio preventivo son las más certeras fuentes que informan su misión, toda vez que tienen como objetivo propiciar formas de reducción de los efectos nocivos al ambiente, mediante la adopción –no impuesta– de conductas que la Administración promueve por medio de políticas oficiales.

Una prueba de esa confluencia de principios se da en los Acuerdos de Producción Limpia (APL), que básicamente son una emanación de la búsqueda de herramientas eficientes para la conservación y promoción de los valores ambientales, como asimismo responden a la idea de instancias horizontales de creación de normas particulares, obviando –en cierta forma– las fuentes formales de que se vale el Estado regularmente en estas materias.

[69] Así está consagrado en el principio 11 de la NCh 2797-Of2009, que al respecto señala que: "cada una de las partes debe cumplir con los compromisos que ha adquirido en el Acuerdo, y someterse a las instancias que establezca.

Que, finalmente, estos instrumentos (APL) son expresión –también– de formas modernas de intervención estatal, adscritas a representaciones cercanas a la *autorregulación* privada, y como distintivo de ellas, se encuentran progresivamente consultadas por los órganos de la Administración como manera de cumplir fines que le son propios, disponiendo que el control de las regulaciones esté confiado a los mismos agentes destinatarios. Cuestión que permite concluir el especial carácter jurídico que los traza, por cuanto no consisten en contratos en que la Administración renuncie a sus facultades soberanas sobre los objetos acordados, pero que en los hechos hace que ésta omita –de alguna manera– dictar normas de acatamiento vertical como las que en la especie se estilan.

## Bibliografía

ASTORGA JORQUERA, Eduardo: (2004) *Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Editorial LexisNexis);

BARROS BOURIE, Enrique: (2006) *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile);

BRAÑES, Raúl: (1994) *Manual de Derecho Ambiental Mexicano.* (Ciudad de México, Editorial Fondo de Cultura Económica);

CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Fondo PL.* Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/Instrumentos/FocalAPL/;

CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Quienes Somos.* (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/QuienesSomos/;

DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè: (2002) *Derecho Administrativo y Autorregulación: la Autorregulación Regulada.* (Gerona España, Universidad de Girona) (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] disponible en http://www.tesisenxarxa.net/TDX-1212103-121813/index.html;

DOCUMENTO; *Política de Fomento a la Producción Limpia,* versión final aprobada por el Comité Interministerial de Desarrollo Productivo, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998, (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/PFPL_1997-2000.pdf

FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro: (2001) *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile);

MAES, Franc: (2007) *Los principios de derecho ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el derecho internacional marítimo, un cambio para los legisladores nacionales". En Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* N° 7 (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] Disponible en http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/7/art/art5.htm.

## Normas

1. Ley N° 19.300. De Bases Generales del Medio Ambiente. Santiago, Diario Oficial, 9 de septiembre de 1994;

2. Decreto Supremo N° 414 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 29 de noviembre de 2001, que oficializa la *Política Nacional* de Fomento a la Producción Limpia 2001-2005. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/ppl2001-2005_completa.pdf;

3. Norma Chilena Oficial *NCh* 2796-Of2003, "Acuerdos de Producción Limpia (APL) Vocabulario", preparada por la División de Normas del Instituto Nacional de Normalización;

4. Norma Chilena Oficial *NCh* 2797-Of2009 sobre "Especificaciones" de APL. Norma que ha sido aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 29 de diciembre de 2008. Declarada Oficial de la República de Chile por Resolución Exenta N° 501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009;

5. Norma Chilena Oficial *NCh* 2807-Of2009 sobre "Acuerdos de Producción Limpia (APL) -Seguimiento y control, evaluación de la conformidad y certificación". Norma que ha sido aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 28 de diciembre de 2008. Declarada Oficial de la República de Chile, por Resolución Exenta N° 501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009.

# La opción y modalidades de integración de la variable ambiental en tratados de libre comercio

**Raúl F. Campusano Droguett**
Master en Derecho
UNIVERSIDAD DE LEIDEN, PAÍSES BAJOS
Master of Arts
UNIVERSIDAD NOTRE DAME, ESTADOS UNIDOS
Profesor Titular Derecho Internacional Público
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## 1. Antecedentes

En este trabajo[1] se presenta la opción y modalidades de integración de la variable ambiental en los tratados de libre comercio firmados por Chile. Más allá de la pregunta básica sobre si la variable ambiental debiera o no estar presente en un tratado de libre comercio,[2] aquí nos hemos centrado en observar y catastrar la realidad y modalidades de esa variable en el caso chileno. En la primera parte del trabajo se presentan algunas variables básicas relacionadas con medio ambiente. En la segunda parte se hace un sucinto catastro y análisis de las normas ambientales presentes en cada TLC firmado por Chile. Ciertamente, se trata de un trabajo básico e inicial, pero puede servir de base a análisis de mayor detalle.

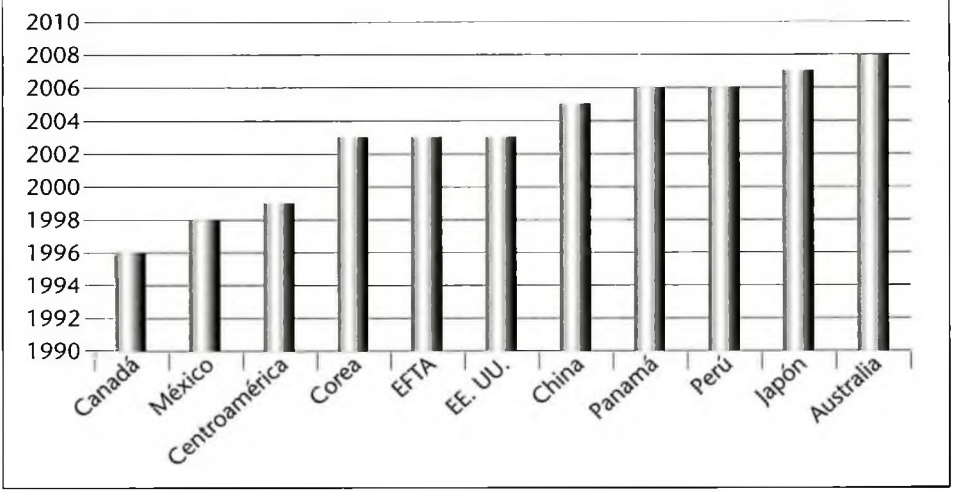
[1] Se agradece la significativa colaboración de la alumna María José Fernández en la recolección de la información necesaria para la elaboración de este artículo. Esta colaboración se organizó sobre la base del sistema de pasantía de los egresados de derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

[2] Campusano y Romero, 2008.

## 2. Variables básicas

La base del análisis fue identificar 11 tratados de libre comercio o acuerdo de asociación sobre los cuales observar la variable ambiental.

Gráfico 1. **Año de firma**




Como se observa en el gráfico 1, en 1996 Chile firmó su primer tratado de libre comercio con Canadá. Ambos Estados suscribieron también un "acuerdo de cooperación ambiental" (gráfico 2), lo cual tiene relevancia, ya que denota la opción de integrar la variable ambiental en forma extensa y concreta. Dentro del texto del TLC se contemplan diversas normas relacionadas con lo ambiental.[3] Cabe destacar el artículo G-14, titulado "medidas relativas a medio ambiente" (gráfico 3). De este artículo se colige la voluntad de las partes de reconocer lo inadecuado de alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas ambientales de cada país. El acuerdo ambiental, además de contemplar cooperación, participación ciudadana y regulación de las partes, crea una institucionalidad sobre la base de una comisión, la que está compuesta por un consejo, un comité conjunto revisor de peticiones, un comité publico conjunto y los respectivos secretarios nacionales.[4]

Este tratado abrió las puertas para que Chile, en 1998, firmara su segundo tratado de libre comercio, con México (gráfico 1), el cual no contempla un

[3] Varias de estas normas son luego usadas en forma casi literal en otros TLCs firmados por Chile.
[4] Para el procedimiento de consulta y solución de controversias se señalan tres partes: consultas, conciliación y panel arbitral.

acuerdo en materia ambiental (gráfico 2), pero dentro de su texto existen normas que abordan el tema ambiental. Al igual que el tratado con Canadá, éste también tiene un artículo titulado "medidas relativas a medio ambiente" (gráfico 3), reproduciendo su texto. Como otros TLCs, éste también cuenta con anexos, pero es el único que dentro de sus anexos contempla normas ambientales, ya que en el anexo I sobre inversión señala que para ciertas actividades se deberá tomar en cuenta el cumplimiento de las disposiciones en materia ambiental contenidas en los ordenamientos ecológicos que rigen esta materia. Y luego en el anexo V señala que no se deberá autorizar toda obra o actividad que pueda causar alteraciones o desequilibrios al medio natural.

Al año siguiente Chile firmó su tercer tratado de libre comercio con Centroamérica (gráfico 1).[5] Este acuerdo, a diferencia de los otros, no contempla preámbulo (gráfico 4), por lo tanto no promociona o reconoce algún valor o tema en materia ambiental. Tampoco a lo largo de su texto se encuentran capítulos, artículo, o normas de ningún tipo que tengan relación con materia ambiental.

Hasta el año 2003 no se firmó ningún nuevo tratado de libre comercio, pero en ese año se firmaron 3, con: (gráfico 1) EFTA, Corea y Estados Unidos. El TLC firmado con la EFTA contempla normas generales donde se nombran temas ambientales usando un formato similar al del resto de los tratados. Así, no contempla normas especificas de materia ambiental. El TLC con Corea contempla en su artículo 10.18 "medidas relativas al medio ambiente", (gráfico 3). No es un artículo novedoso, ya que está presente en la mayoría de los tratados, y simplemente señala que no se debe promover la inversión flexibilizando o violando las medidas ambientales. En su apéndice número 7 señala que nada de lo dispuesto en este tratado se interpretará de manera de impedir imponer o hacer cumplir medidas para proteger la vida animal y vegetal. El TLC firmado con Estados Unidos aborda el tema ambiental de forma extensa fomentando la cooperación bilateral, asegurando el cumplimiento de las normas ambientales, pero resguardando la soberanía de cada país.[6] También dentro del tratado, específicamente en su acuerdo ambiental (gráfico 2), se señala, en materia institucional, la creación de un consejo de asuntos ambientales, el cual es el foro de discusión especializado de estas materias.

Para fines del año 2005 Chile ya había firmado un tratado de libre comercio con la Republica Popular China, dentro del cual se establece, en su artículo

[5] Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua.

[6] Las partes se comprometen a cumplir efectivamente su legislación ambiental, contemplando además un procedimiento para solucionar controversias sobre esta materia.

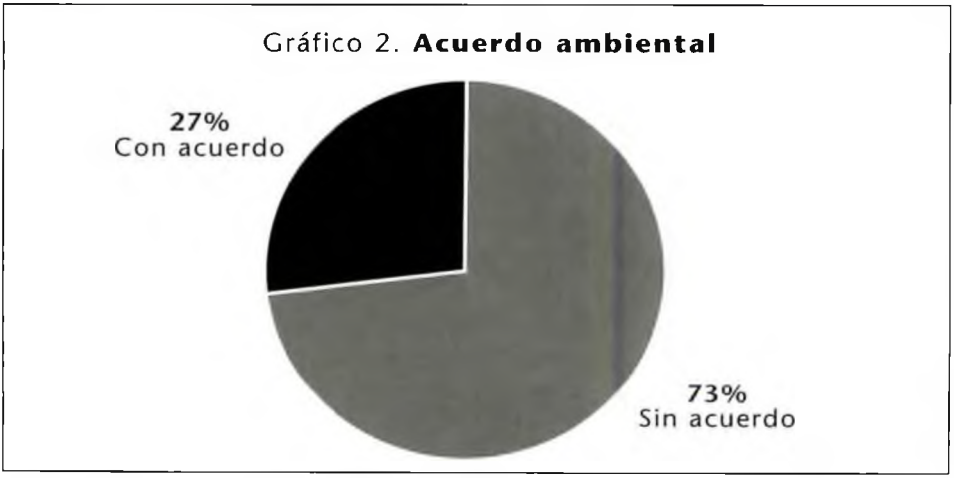
108, que ambos países deberán firmar un acuerdo de cooperación ambiental (gráfico 2), el cual fue firmado el año 2007.[7]

En el año 2006 Chile firmó un tratado de libre comercio con Panamá y otro con Perú (gráfico 1). Ambos TLCs son parecidos, siguen un formato que ya se ve desde el primer TLC que se firmó, se mantienen las mismas normas que nombran algunos valores e inquietudes de materia ambiental, pero no son especificos, solo insinúan que para abordar el tema de inversiones hay que tener presentes las variables ambientales.

El tratado firmado en el año 2007 con Japón contempla el artículo 87, "medidas medioambientales", que subraya lo inapropiado de fomentar la inversión mediante el relajamiento de las normas ambientales. Es un artículo que se repite a lo largo de los tratados.

Australia fue el país con el cual Chile firmó su último tratado de libre comercio, en el año 2008, dentro del cual podemos encontrar normas que mantienen un formato definido con el resto de los tratados. Pero como excepción contiene un capítulo, específicamente el 18, sobre "cooperación", donde fomenta explícitamente una cooperación en materia ambiental entre ambas naciones, fomentando la realización de acuerdos sobre esta materia. Pero a diferencia del tratado con China, éste no precisa ni obliga a que las partes realicen concretamente un acuerdo ambiental.

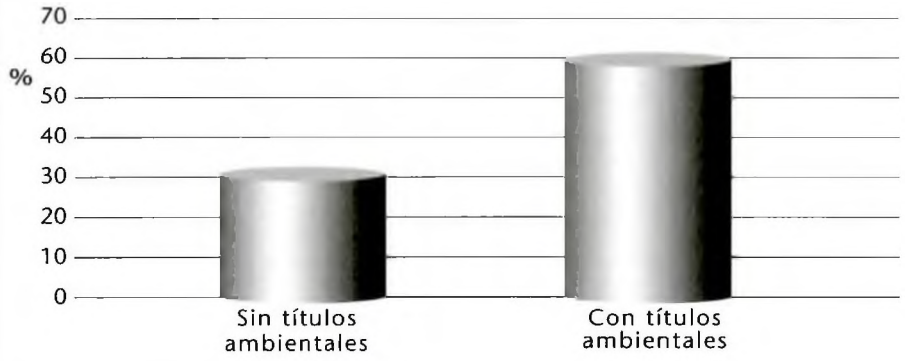
Gráfico 2. **Acuerdo ambiental**




[7] Este acuerdo señala como materias prioritarias a tratar, el control de la contaminación ambiental, tecnología aplicable, la educación y participación a través de intercambio de documentación, visitas de expertos, encuentros de funcionarios encargados del tema en ambas naciones. No contempla nada sobre materia institucional, ni procedimientos a seguir en caso de controversias, solamente es un acuerdo de cooperación y apoyo entre ambas naciones que los alienta a preocuparse por el medio ambiente.

Solo un 27% de los tratados firmados por Chile contemplan un acuerdo ambiental que complementa el tratado de libre comercio.[8]

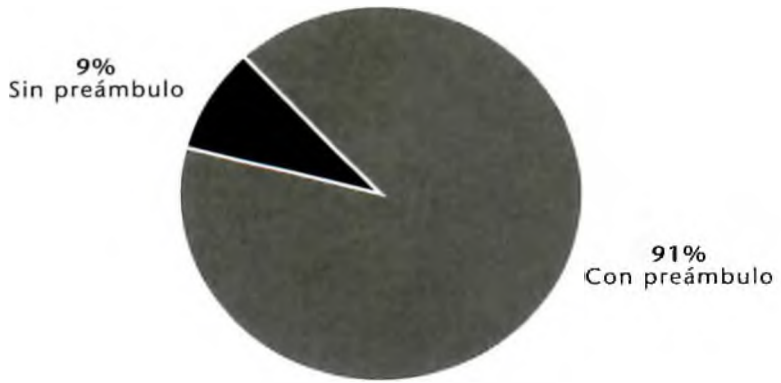
Gráfico 3. **Artículos con título ambiental**




El 70% mostrado en este gráfico corresponde a los siguientes tratados de libre comercio: Canadá, Corea, Japón, Perú, México y Estados Unidos.

La mayoría de los tratados de libre comercio contemplan en su inicio un preámbulo, que en su generalidad trata materias ambientales. Pero como se observa en el gráfico 4, existe un 9% que no contempla preámbulo ambiental, y este corresponde al TLC con Centroamérica.

Gráfico 4. **Preámbulo con Materia Ambiental**




[8] Corresponde a Canadá, Estados Unidos y Republica Popular de China, siendo éste último un MoU más que un tratado propiamente tal.

## 3. Análisis de tratados

### 3.1 Australia

Firmado en julio de 2008. Al igual que varios de los TLCs que ha firmado Chile, consta de un **preámbulo**, dentro del cual señala que se deberá "implementar" este tratado en forma coherente con el desarrollo sostenible y la protección y conservación del medio ambiente. En el texto se dispone que las Partes cooperarán en los órganos internacionales competentes que participan en los trabajos sobre cuestiones relacionadas con Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, MSF, incluido el Comité MSF de la OMC, los diversos Comités Codex,[9] la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y otros foros internacionales y regionales sobre la seguridad alimentaria y vida o salud humana, animal y vegetal.[10] Las partes cooperarán en los órganos internacionales y foros sobre seguridad alimentaria y vida o salud humana, animal y vegetal.

En el ámbito de la inversión también es posible observar normas relacionadas con el medio ambiente.[11] Dentro de los requisitos de desempeños[12] no se interpretarán en el sentido de impedir a una parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:

- necesarias para proteger la vida y salud humana, animal o vegetal.
- relativas a la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.

El Anexo 10-B se refiere a "Expropiación" y establece que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.[13]

En materia de Contratación Pública, el tratado señala que las especificaciones técnicas no tienen por objeto impedir que una entidad contratante prepare, adopte o aplique especificaciones técnicas con el fin de promover la conservación de los recursos naturales y el medio ambiente.[14]

---

[9] Incluida la Comisión del Codex Alimentarius.

[10] Capítulo 6 "Medidas Sanitarias y Fitosanitarias", artículo 6.4 "Disposiciones Generales" N° 3.

[11] Capítulo 10 "Inversión", Sección A, Artículo 10.7 "Requisitos de Desempeño" "Excepciones y exclusiones", N° 3 letra C.

[12] Específicamente los párrafos 1(b), (c), (f) y los párrafos 2(a), (b). Por su parte, el Artículo 10.25 "informe de expertos": Para asuntos medioambientales se puede solicitar la designación de 1 o más expertos.

[13] Esta norma también está presente en el TLC con Perú.

[14] Capítulo 15 "Contratación Pública", Artículo 15.12 "Especificación Técnica" N° 6. Ahora bien,

En materia de cooperación, el tratado dispone que:

- Las áreas de cooperación podrán incluir, pero no debieran limitarse a: ciencia, agricultura –incluida la industria vitivinícola–, producción y procesamiento de alimentos, minería, energía, medio ambiente, pequeñas y medianas empresas, turismo, educación, trabajo, desarrollo de capital humano y colaboración cultural.

- La cooperación en materia medioambiental reflejará el compromiso de ambas Partes por fortalecer la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible, en el contexto del fortalecimiento de las relaciones comerciales y de inversión entre ellas.

- Las áreas de cooperación podrán desarrollarse mediante acuerdos existentes y a través de instrumentos de implementación pertinentes, e incluir la designación de puntos de contactos nacionales para facilitar las actividades de cooperación medioambiental y laboral.[15]

El tratado también incorpora la variable ambiental en sus disposiciones generales. Para los efectos de los Capítulos 3 al 7del tratasdo,[16] el Artículo XX del GATT 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Tratado y forman parte del mismo, *mutatis mutandis*.[17] Las Partes entienden que las medidas a que hace referencia el Artículo XX(b) del GATT 1994 incluyen las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y que el Artículo XX(g) del GATT 1994 se aplica a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables.

Para los efectos de los Capítulos 9, 11 y 16,[18] el Artículo XIV del GATS[19] se incorpora a este Tratado y forma parte del mismo, *mutatis mutandis*. Las Partes

el artículo 15.23 "Excepciones" establece que: 1. Siempre que dichas medidas no sean aplicadas de modo que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes en donde existan las mismas condiciones o que impliquen una restricción encubierta al comercio entre las Partes, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener las medidas: (b) necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal. 2. Las Partes entienden que el subpárrafo (b) incluye las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal.

[15] Capítulo 18 "Cooperación", Artículo 18.2 "Ámbito de Aplicación", números 3, 5 y 7.

[16] Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, Reglas de Origen, Administración Aduanera, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, y Reglamentos Técnicos, Normas y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad

[17] Capítulo 22 "Disposiciones generales y excepciones", Artículo 22.1 "Excepciones generales".

[18] Comercio Transfronterizo de Servicios, Telecomunicaciones y Comercio Electrónico 22-1.

[19] Incluyendo sus notas al pie de página.

entienden que las medidas a que se refiere el Artículo XIV(b) del GATS incluyen las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.[20]

## 3.2 Canadá

### *3.2.1 Tratado*

Firmado el 5 de diciembre de 1996. En su Preámbulo señala que se debe "emprender" todo lo que dice el preámbulo de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente.

En la primera parte del tratado, sobre aspectos generales, se trata la relación con tratados en materia ambiental y de conservación.[21] En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979; el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, celebrado el 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas del 29 de junio de 1990; o el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, celebrado el 22 de marzo de 1989, estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones de este Tratado.

En la sección sobre inversiones se indica que la medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir con requisitos de salud, seguridad o medio ambiente de aplicación general, no se considerará incompatible con el párrafo 1(f). Para brindar mayor certeza, los Artículos G-02 y G-03 se aplican a la citada medida.[22]

[20] El contenido de este artículo, sobre la incorporación de los acuerdos GATT 1994 y GATS, sobre materias ambientales, se reitera en diversos TLC.

[21] Primera Parte "aspectos generales", Capítulo A "objetivos", Artículo A-04.

[22] Tercera Parte "inversión, servicios y asuntos relacionados", Capítulo G "inversión", Sección I, Artículo G-06: Requisitos de Desempeño. Párrafo 1 (f): transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad, salvo cuando el requisito se imponga o la obligación o compromiso se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad de competencia para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado;

Por su parte, el numerando 6 de esta disposición establece que siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1(b) o (c) o 3(a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias.

El Artículo G-14 se refiere a Medidas Relativas a Medio Ambiente y dispone que:

- Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

- Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que la otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.

El Artículo G-34 se refiere a Dictámenes de Expertos y dispone que, sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, el Tribunal, a petición de una parte contendiente, o por iniciativa propia a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un procedimiento, de acuerdo a los términos y condiciones que acuerden las partes contendientes.

El Capítulo N se refiere a Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la solución de Controversias y señala en su artículo N-05 sobre Solución de Controversias que en las controversias a que hace referencia el párrafo 1, cuando la Parte demandada alegue que su acción está sujeta al Artículo A-04,[23] y solicite

[23] Relación con tratados en materia ambiental y de conservación. Párrafo 1: Excepto lo dispuesto en el párrafo 2, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el

por escrito que el asunto se examine en los términos de este Tratado, la Parte reclamante podrá sólo recurrir en lo sucesivo y respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado.

El artículo N-14 sobre Comités de Revisión Científica dispone que a instancia de una Parte o, a menos que ambas Partes lo desaprueben, el panel podrá por su propia iniciativa, solicitar un informe escrito a un comité de revisión científica sobre cualesquiera cuestiones de hecho relativas a aspectos relacionados con el medio ambiente, la salud, la seguridad u otros asuntos científicos planteados por una Parte en el proceso, conforme a los términos y condiciones que estas convengan.

Excepciones: 1. Para efectos de la Segunda Parte (Comercio de bienes), salvo en la medida en que alguna de sus disposiciones se aplique a servicios o a inversión, se incorporan a este Tratado y forman parte integrante del mismo el Artículo XX del GATT 1994 y sus notas interpretativas, o cualquier disposición equivalente de un acuerdo sucesor del cual las Partes sean parte. Las Partes entienden que las medidas a que se refiere el Artículo XX(b) del GATT 1994 incluyen medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que el Artículo XX(g) del GATT 1994 se aplica a medidas relacionadas con la conservación de recursos naturales no renovables, vivientes o no.[24]

### *3.2.2 Acuerdo de Cooperación Ambiental*

Este acuerdo de cooperación ambiental entre chile y Canadá fue firmado en 1997, como acuerdo paralelo al TLC. Busca alcanzar y hacer cumplir las metas y objetivos ambientales señalados en el TLC, además de cooperación, y regulación de las partes en materia ambiental, para así mejorar el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible. Reconoce el derecho de cada país, y no busca la imposición de estándares. Promueve la participación ciudadana, pudiendo ésta realizar peticiones, además de buscar transparencia en mecanismos de legislación y promoción. Establece mecanismos de solución de controversia para las partes, y de consultas, para lo cual se creó la "comisión para la cooperación ambiental". Además establece un "comité consultivo público conjunto" que debe proporcionar su opinión al consejo sobre cualquier materia de este acuerdo, y un "comité conjunto revisor de peticiones", quien es responsable

Acuerdo OMC, en los convenios negociados de conformidad con ésta, o en cualquier otro acuerdo que le suceda, podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante.

[24] Artículo O-01: Excepciones Generales. Este es un artículo que está presente en varios de los TLC que firma Chile, en donde se hace alusión al acuerdo GATT 1994, que trata en su mayoría de la propiedad intelectual.

de evaluar peticiones de ciudadanos, y recomendar al consejo la elaboración de un expediente de hecho. También establece dos secretarios nacionales, quienes deben administrar y apoyar al consejo.

El Acuerdo en su segunda parte señala las "obligaciones" de las partes e indica que las partes periódicamente deben elaborar informes del estado del medio ambiente. Deben elaborar y revisar medidas para contingencias ambientales. Promoverán el uso de instrumentos económicos para la eficiente consecución de las metas ambientales.[25] Cada parte garantizara que sus leyes y reglamentos ambientales prevean altos niveles de protección ambiental y se esforzarán para mejorarlas.[26]

El art. 5 establece "Medidas Gubernamentales de Fiscalización". Para aplicar de manera efectiva sus leyes y reglamentos, lo harán a través de medidas gubernamentales tales como:

- Vigilar el cumplimiento de las leyes y reglamentos e investigar las presuntas violaciones, inclusive mediante visitas de inspección in situ;
- Difundir públicamente información sobre incumplimiento;
- Promover las auditorías ambientales;
- Proveer o alentar el uso de servicios de mediación y arbitraje;
- Utilizar licencias, permisos y autorizaciones;
- Iniciar, de manera oportuna, procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos para procurar las sanciones o las soluciones adecuadas en caso de violación de sus leyes y reglamentos ambientales;
- Establecer la posibilidad de practicar cateos, decomisos y detenciones administrativas;
- Expedir resoluciones administrativas, incluidas las de naturaleza preventiva, reparadora o de emergencia.

Cada Parte asegurará la disponibilidad, conforme a su derecho, de procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos para aplicar sus leyes y reglamentos ambientales, con el fin de sancionar o reparar las violaciones a éstos. Según proceda, las sanciones y recursos previstos contra las violaciones a las leyes y reglamentos ambientales de una Parte deberán:

- Tomar en cuenta la naturaleza y gravedad de la infracción, cualquier beneficio económico que obtenga de ella el infractor, la situación económica de éste y otros factores pertinentes; y

[25] Art. 2 "Compromisos Generales".
[26] Art. 3 "Niveles de Protección".

- Incluir convenios de cumplimiento, multas, encarcelamiento, medidas precautorias, clausura de instalaciones y el costo de confinar o limpiar la contaminación.

El art. 6 establece "Acciones Disponibles a los Particulares". Además de garantizarlas, señala que estas acciones incluyen entre otros derechos:

- demandar por daños a otra persona bajo la jurisdicción de esa Parte;
- solicitar sanciones o medidas de reparación tales como multas, clausuras de emergencia o resoluciones para aminorar las consecuencias de las infracciones a sus leyes y reglamentos ambientales;
- pedir a las autoridades competentes que tomen medidas adecuadas para hacer cumplir las leyes y reglamentos ambientales de la Parte con el fin de proteger o evitar daños al medio ambiente; o
- solicitar medidas precautorias cuando una persona sufra, o pueda sufrir, pérdidas, daños y perjuicios como resultado de la conducta de otra persona bajo la jurisdicción de esa Parte que sea ilícita o contraria a las leyes y reglamentos ambientales de la Parte.

La tercera parte del Acuerdo establece la Comisión para la Cooperación Ambiental entre Chile y Canadá. La Comisión estará integrada por un Consejo, un Comité Conjunto Revisor de Peticiones y un Comité Consultivo Público Conjunto. La Comisión será asistida por un Secretariado Nacional de cada Parte.[27]

Se establece un Consejo que debe estar integrado por representantes de las Partes a nivel de ministro o su equivalente, o por las personas que estos designen. Entre sus facultades se encuentran las siguientes:

- establecer y delegar responsabilidades en comités ad hoc o permanentes, en grupos de trabajo o de expertos;
- solicitar la asesoría de personas o de organizaciones no gubernamentales, incluidos expertos independientes; y
- adoptar cualquier otra medida en el ejercicio de sus funciones que las Partes acuerden.[28]

El Consejo será el órgano rector de la comisión y servirá como foro y debe supervisar la aplicación de este Acuerdo y elaborar recomendaciones sobre su desarrollo futuro, y para este fin, en el plazo de tres años después de la

[27] Artículo 8: La Comisión.

[28] Art 9. Todas las decisiones y recomendaciones del Consejo se tomarán por consentimiento mutuo, a menos que el Consejo decida, o el Acuerdo disponga, otra cosa. Todas las decisiones y recomendaciones del Consejo se harán públicas, salvo que el Consejo decida, o el Acuerdo disponga, otra cosa.

fecha de entrada en vigor del Acuerdo, el Consejo revisará su funcionamiento y efectividad a la luz de la experiencia obtenida. Debe tratar las cuestiones y controversias que surjan entre las partes sobre la interpretación y aplicación de este Acuerdo. El Consejo fortalecerá la cooperación para elaborar leyes y reglamentos ambientales, así como para su mejoramiento continuo.[29]

El artículo 11 establece los Secretariados Nacionales, los que brindarán apoyo técnico, administrativo y operativo al Consejo y a los comités y grupos establecidos por el mismo, así como de cualquier otra clase que disponga el Consejo. Los Secretariados Nacionales presentarán en conjunto, para la aprobación del Consejo, el programa de trabajo y presupuesto anuales de la Comisión, incluyendo disposiciones para propuestas de actividades de cooperación y de respuesta a contingencias de los Secretariados Nacionales. El programa de trabajo anual identificará las modalidades previstas para el financiamiento y definirá claramente cómo será implementado, incluyendo la identificación de instituciones, agencias, individuos, y/o arreglos de cooperación responsables de su implementación. En la elaboración del programa de trabajo anual, los Secretariados Nacionales considerarán los temas que han surgido de los expedientes de hechos preparados anteriormente, o en preparación, por la Comisión.

El artículo 12 establece un "Comité Conjunto Revisor de Peticiones", que estará integrado por dos miembros, uno de cada Parte. Los miembros serán escogidos por el Consejo por un período de tres años, que podrá ser renovado por el Consejo por un período adicional de tres años.

El artículo 13 dispone que los Secretariados Nacionales prepararán conjuntamente el informe anual de la Comisión conforme a las instrucciones que reciban del Consejo. Los Secretariados Nacionales presentarán en conjunto un proyecto de informe para su revisión por el Consejo. El informe final se hará público. El informe abordará periódicamente el estado del medio ambiente en los territorios de las Partes.

La Sección C establece Comités Consultivos:

Comité Consultivo Público Conjunto. El Comité Consultivo Público Conjunto se integrará por seis personas, salvo que el Consejo decida otra cosa. Cada Parte designará un número igual de miembros. El Comité Consultivo Público Conjunto podrá asesorar al Consejo sobre cualquier asunto perteneciente al ámbito de este Acuerdo, incluso sobre cualquier documento que se le haya

[29] Art. 10.

presentado conforme al párrafo 6, así como sobre la aplicación y el desarrollo ulteriores del Acuerdo, y podrá desempeñar cualquier otra función que le asigne el Consejo. El Comité Consultivo Público Conjunto podrá proporcionar a los Secretariados Nacionales información técnica, científica o de cualquier otra clase que sea pertinente, incluso para propósitos de la elaboración de un expediente de hechos conforme al artículo 15. Los Secretariados Nacionales enviarán al Consejo copia de dicha información.[30]

Comités Consultivos Nacionales. Cada Parte podrá convocar un Comité Consultivo Nacional, integrado por miembros de la sociedad, incluyendo representantes de organizaciones no gubernamentales y personas, con el fin de recibir asesoría sobre la aplicación y ulterior desarrollo de este Acuerdo.[31]

Comités Gubernamentales. Cada Parte podrá convocar un Comité Gubernamental, que podrá estar integrado por representantes de los gobiernos nacionales o provinciales, o podrá incluirlos, con el fin de recibir asesoría sobre la aplicación y el ulterior desarrollo del Acuerdo.[32]

La quinta parte del acuerdo está destinada al tema de consultas y solución de controversias:

Consultas. Cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito consultas con la otra Parte respecto a la existencia de una pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental de la otra Parte. En tales consultas, las Partes harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto.[33]

Inicio del procedimiento. Cuando las Partes no logren resolver el asunto conforme al artículo 22 en los 60 días posteriores a la entrega de la solicitud de consultas, o dentro del plazo que acuerden, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito una sesión extraordinaria del Consejo. El Consejo podrá:

- convocar a los asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios,
- recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o
- formular recomendaciones, para ayudar a las Partes a alcanzar una solución

[30] Art. 16.
[31] Art. 17.
[32] Art. 18.
[33] Art. 22.

mutuamente satisfactoria de la controversia. Las recomendaciones se harán públicas, si así lo decide el Consejo.[34]

Cuando juzgue que un asunto corresponde propiamente al ámbito de otro acuerdo o arreglo del que sean parte las Partes, el Consejo remitirá el asunto para que se actúe conforme a dicho acuerdo o arreglo.

Solicitud de integración de un panel arbitral. Si el asunto no se resuelve en un plazo de 60 días posteriores a la reunión del Consejo conforme al artículo 23, a solicitud escrita de cualquiera de las Partes, el Consejo convocará un panel arbitral para examinar el asunto.[35]

Reglas de procedimiento. El Consejo establecerá Reglas Modelo de Procedimiento. Los procedimientos garantizarán:

- como mínimo, el derecho a una audiencia ante el panel;
- la oportunidad de presentar alegatos y réplicas por escrito; y
- que ningún panel divulgue qué panelistas sostienen opiniones de mayoría o minoría.[36]

La sexta parte dispone algunos principios y guías rectores del Acuerdo:

- Ninguna disposición en este Acuerdo se interpretará en el sentido de otorgar derecho a las autoridades de una de las Partes a llevar a cabo actividades de aplicación de su legislación ambiental en el territorio de la otra Parte (art. 37).

- Ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación contra la otra Parte, con fundamento en que una medida de la otra Parte es incompatible con este Acuerdo (art. 38).

- Ninguna disposición de este Acuerdo se interpretará en el sentido de afectar los derechos y las obligaciones de cualquiera de las Partes conforme a otros acuerdos internacionales ambientales, incluso acuerdos de conservación, del que tal Parte sea parte. (art. 40).

[34] Art 23.
[35] Art. 24.
[36] Art. 28. A menos que las Partes acuerden otra cosa, en los 20 días siguientes a la votación del Consejo para integrar el panel, los términos de referencia serán: "Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables del Acuerdo, incluidas las dispuestas en la Quinta Parte, si ha habido una pauta persistente de omisiones de la Parte demandada en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones a que se refiere el artículo 30(2)". Hay un informe preliminar y un informe final. (arts. 30 y 31). El art. 32 se refiere al cumplimiento del informe.

### 3.3 Corea

Este tratado fue firmado el 15 de febrero de 2003. En el preámbulo del tratado se indica que se reconoce que el Tratado deberá implementarse con miras a elevar el nivel de vida, crear nuevas oportunidades de trabajo, promover el desarrollo sustentable en forma congruente con la protección y preservación del medio ambiente".[37]

En el capítulo 9, "Medidas relativas a la normalización", el artículo 9.5 sobre Compatibilidad hace referencia en 2 de sus 5 puntos a la protección del medio ambiente. Estas normas que se señalan son más bien de colaboración entre las partes para fortalecer el tema medioambiental, pero no se les obliga a realizar nada especifico, simplemente se les señala que las medidas que tomen para la materia de normalización no irán en desmedro del medio ambiente.[38]

Luego en su parte III de Inversiones, Servicios y Asuntos relacionados se señala que cualquier inversión que necesite tecnología para cumplir con requisitos del medio ambiente no será incompatible con el requisito que se nombra en la letra f de este mismo artículo, el cual señala que no se puede imponer cumplir los requisitos que se nombran para cumplir una obligación. Dentro de esos requisitos está la tecnología. Pero esta sí se podrá poner como requisito cuando se necesite cumplir con medidas medioambientales.[39]

El artículo 10.7, Requisitos de desempeño, señala que "1. Ninguna Parte podrá imponer ni hacer cumplir cualesquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ninguna obligación o compromiso, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un tercer país en su territorio para: (f) transferir tecnología, un proceso productivo u otros conocimientos de su propiedad exclusiva a una persona en su territorio, salvo cuando el requisito haya sido impuesto o la obligación o compromiso se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o una autoridad competente para reparar una

[37] Sin embargo, dentro de sus primeros capítulos no se encuentra ningún tipo de norma que haga referencia al tema ambiental.

[38] Dice la norma que reconociendo el papel central que las medidas relativas a la normalización desempeñan en la consecución de objetivos legítimos, las Partes trabajarán de manera conjunta, en conformidad con este Capítulo y el Acuerdo sobre la OMC, para fortalecer el nivel de seguridad y protección de la vida y la salud humana, animal y vegetal, del medio ambiente y de los consumidores. Las Partes trabajarán para hacer compatibles, en el mayor grado posible, sus respectivas medidas relativas a la normalización, sin reducir el nivel de seguridad o de protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, del medio ambiente o de los consumidores, sin perjuicio de los derechos que este Capítulo les confiere y tomando en cuenta las actividades internacionales de normalización, con el fin de facilitar el comercio de un bien entre ellas.

[39] Art. 10.7.

supuesta violación de la ley de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones del presente Tratado". La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir con requisitos de salud, seguridad o medio ambiente de aplicación general, no se considerará incompatible con el inciso 1(f). Para brindar mayor certeza, los artículos 10.3 y 10.4 se aplican a la citada medida.[40]

El artículo 10.18 se titula "Medidas relativas al medio ambiente" y es el único que se dedica exclusivamente a medidas ambientales. Contiene dos numerales:

- Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como un impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

- Las Partes reconocen que es inadecuado estimular la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas al medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o derogar de cualquier otro modo, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que la otra Parte ha alentado una inversión por esos medios, podrá solicitar consultas con esa Parte y ambas celebrarán consultas con el fin de evitar incentivos de esa índole.[41]

El Apéndice 7 establece en su numerando 2 que, sujeto al requisito de que dichas medidas, según se establece en el párrafo 1,[42] no sean aplicadas de manera

[40] Los artículos que se nombran al final de esta norma se refieren a: 10.3: Trato nacional. 10.4: Trato de la nación mas favorecida. Luego este mismo artículo, en su número 3 señala que no se podrá condicionar la recepción, con el cumplimiento de los siguientes requisitos. Pero en el numeral 6 señala: "6. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o a las inversiones internacionales, nada de lo dispuesto en los incisos 1(b) o (c) o 3(a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental".

[41] En la sección C de este mismo capítulo se señala que las Partes podrán reclamar cuando consideren que una de las Partes ha violado una obligación establecida en la sección B de este artículo. Pero antes las Partes deberán intentar dirimir la controversia por vía de consulta o negociación. La reclamación será sometida a arbitraje, en los términos que señala este Tratado. Si en algún caso se solicita informe de expertos, el tribunal en caso de materias ambientales podrá designar a uno o más expertos para informes.

[42] 1. Nada de lo señalado en el presente Tratado se interpretará de manera de impedir que una Parte realice acciones o no divulgue información que estime indispensable para la protección de sus intereses esenciales de seguridad relacionados con la adquisición de armas, municiones o material bélico o para adquisiciones esenciales para la seguridad o la defensa nacionales.

tal que constituya una forma de discriminación arbitraria o injustificable entre las Partes, o una manera disimulada de obstaculizar el comercio internacional, nada de lo señalado en el presente Tratado se interpretará en el sentido de impedir a una Parte imponer o hacer cumplir medidas que se requieran para proteger la moral pública, el orden y la seguridad pública, la vida humana, animal y vegetal, la salud o la propiedad intelectual o aquella que se relacione con los productos y servicios de las personas minusválidas, de las instituciones filantrópicas o del trabajo realizado en los centros de rehabilitación social.

### 3.4 Japón

El preámbulo del tratado señala que las partes están "convencidas" que el desarrollo económico, social, y la protección del medio ambiente son pilares interdependientes del desarrollo sustentable y que la asociación económica estratégica puede jugar un importante rol en la promoción del desarrollo sustentable.

El artículo 87 del tratado se titula "Medidas Medioambientales" y establece que cada Parte reconoce que es inapropiado fomentar las inversiones mediante el relajo de sus medidas medioambientales. Para ello cada Parte no deberá dejar de aplicar o derogar tales medidas como una forma de fomentar el establecimiento, adquisición o expansión de las inversiones en su área.

El artículo 151, parte del capítulo 12 sobre contratación pública, establece que ninguna disposición del capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte establecer, hacer efectivas o mantener las medidas:

- necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad publica;
- necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal;
- necesarias para proteger la propiedad intelectual;
- relacionadas con los bienes o servicios de personas minusválidas, de instituciones de beneficio o del trabajo penitenciario.

### 3.5 México

El preámbulo del tratado incluye la siguiente idea: "Emprender todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente".

El tratado se refiere a la relación con tratados en materia ambiental y de conservación, señalando que en caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en: a) la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979; b) el Protocolo de Montreal Relativo a las

Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, del 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas del 29 de junio de 1990; o c) el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, del 22 de marzo de 1989,[43] estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones de este Tratado.[44]

En la parte de comercio de bienes se señala que las Partes se comprometen, en un plazo no mayor a un año a partir de la entrada en vigor de este Tratado, a identificar en términos de las fracciones arancelarias y de la nomenclatura que les corresponda conforme a sus tarifas respectivas, las medidas, restricciones o prohibiciones a la importación o exportación de bienes por razones de seguridad nacional, salud pública, preservación de la flora o fauna, del ambiente, sanidad fitopecuaria, normas, etiquetas, compromisos internacionales, requerimientos de orden público o cualquier otra regulación. Las Partes actualizarán dicha información y la comunicarán al Comité, cada vez que sea necesario.[45]

Las Partes podrán: a) adoptar, mantener o aplicar cualquier medida sanitaria o fitosanitaria en su territorio sólo cuando sean necesarias para la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, de conformidad con este capítulo.[46]

El tratado define el concepto de objetivo legítimo: entre otros, la garantía de la seguridad o la protección de la vida o la salud humana, animal, vegetal o del ambiente, o la prevención de las prácticas que puedan inducir a error a los consumidores, incluyendo asuntos relativos a la identificación de bienes o servicios, considerando entre otros aspectos, cuando corresponda, factores fundamentales de tipo climático, geográfico, tecnológico, de infraestructura o justificación científica.[47]

Sobre compatibilidad, se señala que: 1. Reconociendo el papel central que las medidas relativas a la normalización desempeñan en la consecución de los objetivos legítimos, las Partes trabajarán de manera conjunta, de conformidad

[43] Primera parte, Aspectos generales, Capítulo I "Disposiciones generales", Artículo 1-06.
[44] Esta norma también está en el TLC con Canadá y es posible encontrar su origen en el NAFTA.
[45] Capítulo 3, Trato nacional y acceso de bienes al mercado, Sección F consultas, artículo 3-17: Suministro de información y consultas, comercio de bienes.
[46] Tercera parte, Normas técnicas, Capítulo 7, "Medidas sanitarias y fitosanitarias", artículo 7-03: Derechos de las Partes.
[47] Capítulo 8, Medidas relativas a la normalización, artículo 8-01: definiciones.

con este capítulo y con el Acuerdo OTC, para fortalecer el nivel de seguridad y de protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, del ambiente y de los consumidores. 2. Las Partes trabajarán para hacer compatible, en el mayor grado posible, sus respectivas medidas relativas a la normalización, sin reducir el nivel de seguridad o de protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, del ambiente o de los consumidores, sin perjuicio de los derechos que confiera este capítulo a cualquiera de las Partes y tomando en cuenta las actividades internacionales de normalización, con el fin de facilitar el comercio de un bien o servicio entre las mismas.

En relación con la evaluación de riesgo se dispone que: 1. En la búsqueda de sus objetivos legítimos, cada Parte llevará a cabo evaluaciones de riesgo. Al realizar dicha evaluación, una Parte podrá tomar en cuenta, entre otros factores relacionados con un bien o servicio: a) las evaluaciones de riesgo efectuadas por organismos internacionales de normalización; b) la evidencia científica o la información técnica disponibles; c) el uso final previsto; d) los procesos o métodos de producción, siempre que estos influyan en las características de los bienes o servicios finales; e) los procesos o métodos de operación, de inspección, de muestreo o de pruebas; o f) las condiciones ambientales.[48]

En materia de requisitos de desempeño, el Tratado establece que 1. Ninguna Parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso u obligación, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para: f) transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso u obligación se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o una autoridad de competencia para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; 2. La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir con requisitos de salud, seguridad o ambiente de aplicación general, no se considerará incompatible con el párrafo 1(f). Para brindar mayor certeza, los artículos 9-03 y 9-04 se aplican a la citada medida. 6. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en el párrafo 1(b), 1(c), 3(a) o 3(b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para: a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que

[48] Artículo 8-06:

no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado; b) proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o c) la preservación de recursos naturales no renovables, vivos o no.[49]

Nada de lo dispuesto en el capítulo de inversiones se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta consideraciones en materia ambiental. 2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud, seguridad o relativas al ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o la conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que la otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.[50]

En materia de dictámenes de expertos el tratado establece que, sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, el Tribunal, a petición de una parte contendiente, o por iniciativa propia a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una Parte contendiente en un procedimiento, de acuerdo a los términos y condiciones que acuerden las Partes contendientes.[51]

En materia de solución de controversias conforme al Acuerdo sobre la OMC, el tratado señala que: 3. En las controversias a que hace referencia el párrafo 1, cuando la Parte demandada alegue que su acción está sujeta al artículo 1-06 (Relación con tratados en materia ambiental y de conservación), y solicite por escrito que el asunto se examine en los términos de este Tratado, la Parte reclamante sólo podrá recurrir en lo sucesivo y respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado.[52]

[49] Cuarta Parte, Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados, Capítulo 9, Inversión, Artículo 9-07: Requisitos de desempeño.
[50] Sección B – Inversión, Artículo 9-15: Medidas relativas al ambiente.
[51] Artículo 9-34: Dictámenes de expertos.
[52] Capítulo 18, Solución de controversias, Sección A - Solución de controversias, Artículo 18-03: Solución de controversias conforme al Acuerdo sobre la OMC.

En relación con los comités de revisión científica, el tratado dispone que: 1. A instancia de una Parte, a menos que ambas Partes lo desaprueben, el grupo arbitral podrá por su propia iniciativa solicitar un informe escrito a un comité de revisión científica sobre cualesquiera cuestiones de hecho relativas a aspectos relacionados con el ambiente, la salud, la seguridad u otros asuntos científicos planteados por una Parte en el proceso, conforme a los términos y condiciones que éstas convengan.[53]

## 3.6 China

### *3.6.1 Tratado de Libre Comercio*

Tratado firmado el 18 de noviembre de 2005. El preámbulo señala: *Reconociendo* que este Tratado debe ser implementado con miras de aumentar los estándares de bienestar, de crear nuevas oportunidades de trabajo; y de promover un desarrollo sustentable de una manera consistente con la protección y conservación del medio ambiente.

El tratado se refiere al tema sanitario y fitosanitario. De acuerdo con las disposiciones del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, MSF, las Partes tienen el derecho para establecer o mantener sus medidas sanitarias y fitosanitarias como su legislación doméstica para la protección de la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales.[54]

En su artículo 108, "Cooperación laboral, de seguridad social y medio ambiental", el texto señala que las Partes intensificarán su comunicación y cooperación en el ámbito laboral, de seguridad social y medioambiental, a través del Memorándum de Entendimiento sobre Trabajo y Seguridad Social y del Acuerdo de Cooperación Medioambiental entre las Partes.[55] Como se ha señalado, el tratado data del 2005 y el MoU se firmó el 2007.[56]

Este TLC contiene varios anexos dentro de los cuales ninguno se refiere a materias medioambientales.

[53] Artículo 18-12.
[54] Capítulo VII, "Medidas Sanitarias y Fitosanitarias", art 56 "disposiciones generales N° 2.
[55] Capítulo XIII, "Cooperación".
[56] Dentro de la materia ambiental este es el único artículo a lo largo del TLC que habla de medio ambiente, y aunque dio paso para firmar un acuerdo de cooperación ambiental dentro del tratado no provoca gran injerencia, ya que en el artículo 115 se señala que las partes no tendrán recurso al Capítulo X (sobre solución de controversias), por los asuntos tratados en este capítulo.

### *3.6.2 Memorandum de Entendimiento*

Este acuerdo fue firmado el año 2007 como consecuencia del artículo 108 del TLC anteriormente firmado el año 2005, con la finalidad de promover la cooperación entre los dos países en materia ambiental. En este memorándum se establecen como materias primordiales el control de la contaminación ambiental, tecnología aplicable en esta materia, la educación y la participación a través de intercambio de información, visita de expertos, encuentros de funcionarios encargados del tema de ambas naciones, entre otros. Para poner en práctica este memorándum se estableció que se designará un coordinador para cada parte, quienes prepararán planes de trabajo.

Este acuerdo es breve, y en comparación con el acuerdo ambiental entre Chile y Canadá, no establece ningún tipo de órgano para consultas, ni procedimientos a seguir en caso de controversias.

El objetivo de este Memorándum de Entendimiento es promover la cooperación entre las Partes en el campo de la protección ambiental, sobre una base de igualdad y mutuo beneficio. La referida cooperación estará supeditada a la legislación y a la disponibilidad de recursos humanos y financieros de las Partes.[57]

La Cooperación entre las Partes de este Memorándum de Entendimiento podrá llevarse a cabo de las siguientes maneras: 1. Intercambio de documentación e información ambiental relevante; 2. Intercambio de visitas de expertos, académicos y delegaciones; 3. Organización conjunta de seminarios, talleres y encuentros con participación de científicos, expertos, funcionarios de gobierno encargados de las regulaciones y otros actores; 4. Otras formas de cooperación que las Partes acuerden.[58]

Cada Parte designará a un Coordinador, a nivel de Director General, para la puesta en práctica de este Memorándum de Entendimiento. Los Coordinadores realizarán un recuento de la labor realizada y prepararán el futuro plan de trabajo, y se reunirán para revisar y facilitar la colaboración en curso, alternativamente, en la República de Chile y en la República Popular China, según acuerden las Partes.[59]

Cualquier disputa que surja sobre la interpretación o implementación de este

[57] Art. 1.
[58] Art. 3.
[59] Art. 5.

Memorándum de Entendimiento será resuelta amigablemente mediante consultas entre las Partes.[60]

El Memorándum de Entendimiento no afectará aquellas obligaciones de las Partes que se deriven de tratados, convenciones, acuerdos regionales o globales relacionados con la protección ambiental.[61]

### 3.7 Tratado de libre comercio Chile- P4

El P4 es un TLC entre Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam. Este tratado, a diferencia de otros, no contiene un texto principal, donde se desarrollan todos los temas, sino que se compone de 3 textos por separados, cada uno con una materia principal:

- Acuerdo estratégico transpacífico de asociación económica
- Memorando de entendimiento sobre cooperación laboral
- Acuerdo de cooperación ambiental

El acuerdo de cooperación ambiental consta de 6 páginas, y de manera breve señala formas de cooperación entre las partes del tratado. No contiene normas institucionales como los tratados de Estados Unidos y Canadá. Consta de 7 artículos, de los cuales 6 son sobre materia ambiental, pero ninguno de ellos crea algún mecanismo nuevo para proteger el medio ambiente.

Los objetivos del Acuerdo serán: (a) alentar sólidas políticas y prácticas ambientales y mejorar las capacidades y potencialidades de las Partes, incluidos los sectores no gubernamentales, para hacerse cargo de las materias ambientales; (b) promover, mediante la cooperación ambiental, los compromisos asumidos por las Partes; y (c) facilitar la cooperación y el diálogo en orden a fortalecer la más amplia relación entre las Partes.[62]

La intención de las Partes es cooperar en áreas ambientales de común interés, global o nacional. Con el objeto de facilitar lo anterior, como un primer paso, las Partes intercambiarán listas con sus áreas de interés y especialidad.

[60] Art. 6.
[61] Art. 7.
[62] Artículo 1: Objetivos.

### 3.8 Panamá

Este TLC fue firmado el 2006. Su preámbulo señala que ambos gobiernos están decididos a: "Implementar" este tratado en forma coherente con la protección y conservación del medio ambiente; "Promover" el desarrollo económico de manera congruente con la protección y conservación del medio ambiente, así como el desarrollo sostenible; y "Conservar", proteger y mejorar el medio ambiente, incluso mediante el manejo de recursos naturales en sus respectivos territorios y a través de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente de los que ambos sean parte.

El capítulo 6 establece que entre los objetivos del tratado está b) ampliar las oportunidades comerciales a través de la facilitación del comercio entre las partes buscando resolver las materias de acceso a los mercados, protegiendo la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales en los territorios de la partes. c) establecer un mecanismo para el fortalecimiento de la transparencia y el reconocimiento de la equivalencia de medidas sanitarias y fitosanitarias y de las prácticas de regionalización mantenidas por las partes consistentes con la protección de la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

En materia de excepciones generales se establece que: Para los efectos de los arts. 3 al 7, el artículo XX del GATT 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este tratado y forman parte del mismo, mutatis mutandis. Las partes entienden que las medidas a que se hace referencia en el artículo XX (b) del GATT 1994 incluyen medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y que el artículo XX (g) del GATT 1994 se aplica a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables.

Para los efectos de los capítulos 10 (comercio transfronterizo de servicios), el art. XIV del AGCS (incluyendo sus notas al pie de página) se incorpora a ese tratado y forma parte del mismo. Las partes entienden que las medidas a que se refiere el art. XIV (b) del AGCS incluyen a las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales

El acuerdo GATT de 1994 a que se refiere el capítulo 14 del TLC Chile-Panamá, es un acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio, este comprende las normas del GATT de 1947, por lo tanto los artículos del GATT de 1994 que se entienden incorporados en el TLC son originariamente del GATT de 1947, que se desarrollan a continuación.

Luego en el artículo 14.1 número 2 ya señalado, se hacer referencia a la integración de normas ambientales de otro acuerdo anterior llamado AGCS (acuerdo general sobre el comercio de servicios). Este acuerdo entró en vigor en enero de 1995, como resultado de las negociaciones de la ronda Uruguay.

### 3.9 Perú

Este tratado fue firmado el 22 de agosto del 2006. El preámbulo señala que las partes emprenderán todos los temas del texto de manera congruente con la protección y la conservación del medio ambiente.

En el artículo 9.1, "Objetivos", señala que hay que facilitar el comercio animal y de origen vegetal, protegiendo al mismo tiempo la vida y salud humana, animal y vegetal.[63]

En materia de obstáculos técnicos al comercio, se establece que los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar objetivos legítimos teniendo en cuenta los riesgos que se crearían por no alcanzarlos. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional, la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humana, de la vida o la salud animal o vegetal o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos pertinentes a tomar en consideración son, entre otros: la información científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen las mercancías.

En materia de inversión, el artículo 11.6 señala los requisitos de desempeño dentro de los cuales nombra: Párrafo 1: "Ninguna parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ninguna obligación o compromiso, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión en su territorio por parte de una Parte o de un país no Parte, para: Letra b: alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; Letra c: adquirir, utilizar u otorgar preferencias a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio; Letra f: transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad". Párrafo 2: "Ninguna de las Partes podrán condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta o cualquier otra forma de disposición

[63] Capítulo 9, "Medidas sanitarias y fitosanitarias".

de una inversión en su territorio por parte de un inversionista de una Parte o de un país no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos: Letra a: alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; Letra b: adquirir, utilizar, u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o a adquirir mercancías de personas en su territorio".[64]

El artículo 11.13 "Inversión y medio ambiente", señala que nada de los dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia medio ambiental.

En el anexo 11-D, sobre "Expropiación", N° 3 letra (b), se señala expresamente que salvo en circunstancias excepcionales no constituyen expropiación indirecta los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

Dentro del capítulo 17, "Excepciones", el artículo 17.1, "Excepciones generales", señala que se entenderán incorporadas y formarán parte de este acuerdo las normas del artículo XX (b) del GATT 1994 y sus notas interpretativas, sobre medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y el artículo XX (g) del GATT 1994 se aplicará a medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables. También se entienden incorporadas las medidas del artículo XIV (b) del AGCS, que incluye medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.[65]

[64] En materia de "excepciones y exclusiones" se establece que: Letra c: Nada de lo dispuesto en los párrafos 1(b), (c) y (f) y los párrafos 2(a) y (b) se interpretará en el sentido de impedir a una parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental: necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulación que no sean incompatibles con las disposiciones del presente acuerdo; necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal: y relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no; siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, y a condición que esas medias no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales.

[65] Estos dos acuerdos que se entienden incorporados también son nombrados en el TLC que Chile tiene con Panamá.

### 3.10 EFTA

EFTA es la Asociación Europea de Libre Comercio y comprende a la Republica de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza. Este tratado fue firmado el 26 de junio de 2003.

Es un tratado breve comparado con el resto de tratados firmados por Chile. Consta de 56 páginas y contiene 3 acuerdos complementarios, uno con Noruega, otro con Suiza y un tercero con Islandia, dentro de los cuales ninguno es sobre materia ambiental.

Este tratado no contiene capítulos ambientales, ni artículos exclusivos de materia ambiental, ni tampoco se nombra en ninguna de sus normas alguna regulación de materia medioambiental.

Solo en el preámbulo se nombra el tema ambiental señalando lo siguiente: "Promover la protección y conservación del medio ambiente, así como el desarrollo sostenible".

Por su parte, en el artículo 21, "Excepciones generales", se nombra la protección de la vida o salud de animales y la preservación de los vegetales: A condición de que tales medidas no se apliquen de manera que pudieren constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable de una Parte, cuando existan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Tratado se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o aplique medidas: (b) que sean necesarias para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

El artículo 70, "Excepciones", señala que: siempre que tales medidas no se apliquen de modo que pudieren constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre las Partes o una restricción encubierta al comercio entre ellas, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas necesarias para proteger: (c) la vida o la salud de animales o vegetales.

Por lo tanto y a modo de conclusión este es un tratado que no contempla normativa de materia ambiental.

### 3.11 Estados Unidos

El tratado dispone en su preámbulo que él debe aplicarse en forma coherente con la protección y conservación del medio ambiente; y debe promover el desarrollo sostenible; conservar y mejorar el medio ambiente, incluso

mediante el manejo de recursos naturales en sus respectivos territorios y a través de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente de los que ambos sean parte.[66]

En materia de contratación pública, en materia de especificaciones técnicas, se dispone que, para mayor certeza, este artículo no tiene por objeto impedir que una Parte prepare, adopte o aplique especificaciones técnicas con el fin de promover la conservación de los recursos naturales.

En materia de excepciones, se estipula que siempre y cuando estas medidas no se apliquen de modo que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes en donde existan las mismas condiciones o que impliquen una restricción encubierta al comercio entre las Partes, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener las medidas: (a) necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos; (b) necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal; (c) necesarias para proteger la propiedad intelectual; o (d) relacionadas con las mercancías o servicios de personas minusválidas, de instituciones de beneficencia o del trabajo penitenciario. Las Partes entienden que el subpárrafo (b) incluye las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal.[67]

En el Anexo 9.1, dentro de las Notas de Estados Unidos, se señala que: 2. Ninguna disposición de este Anexo se interpretará en el sentido de impedir que cualquier entidad estatal aplique restricciones que promuevan la calidad

[66] El artículo 19.11 define diversos conceptos relevantes: Para los efectos de este Capítulo: Legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humanas, mediante: (a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales; (b) el control de sustancias o productos químicos, otras sustancias, materiales o desechos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ello; o (c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluso las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial, en el territorio de la Parte, pero no incluye ninguna ley o regulación, o disposición de las mismas, relacionada directamente con la salud o la seguridad en el trabajo. Para mayor certeza, legislación ambiental no incluye ninguna ley o regulación, ni disposición de las mismas, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de los recursos naturales, o la recolección o extracción de recursos naturales con propósitos de subsistencia o efectuada por poblaciones indígenas. Para efectos de la definición de "legislación ambiental", el propósito principal de una determinada disposición legal o regulatoria se determinará en referencia a su propósito principal y no por el de la ley o regulación de que forma parte. Para los Estados Unidos, ley o regulación significa una ley del Congreso o una regulación promulgada en virtud de una ley del Congreso fiscalizable por la acción del gobierno federal. Para Estados Unidos, territorio significa su territorio, tal como se establece en el Anexo 2.1, como también otras áreas respecto de las cuales ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción.

[67] Artículo 9.16.

del medio ambiente en dicho Estado, en la medida que tales restricciones no constituyan obstáculos encubiertos al comercio internacional.

En materia de inversiones se señala que: (c) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, los párrafos 1(b), (c) y (f), y los párrafo 2(a) y (b) no se interpretarán en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental: (i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado; (ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o (iii) relativas a la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.[68]

El artículo 10.12 se refiere a inversión y medioambiente y dispone que nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

El artículo 10.23, sobre informes de expertos, dispone que, sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, el Tribunal, a petición de una parte contendiente o por iniciativa propia, a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para informar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un proceso, de acuerdo a los términos y condiciones que acuerden las partes contendientes.

En materia de expropiación, se señala que: (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

El Capítulo Diecinueve del tratado es sobre medio ambiente y comienza señalando que los objetivos de este Capítulo son contribuir a los esfuerzos de las Partes de asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente y colaborar en la promoción de la utilización óptima de los recursos de acuerdo

[68] Capítulo Diez, Inversión, Sección A – Inversión, artículo 10.5: Requisitos de desempeño, Excepciones y exclusiones.

con el objetivo del desarrollo sostenible; y esforzarse por fortalecer los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y ambientales de las Partes con el fin de promover los objetivos de fomento comercial del Tratado, incluyendo la promoción de medidas no discriminatorias, evitando obstáculos encubiertos al comercio y eliminando distorsiones al comercio cuando el resultado pueda traducirse en beneficios directos tanto para el comercio como para el medio ambiente.

El artículo 19.1 se refiere a niveles de protección y dispone que: Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer, internamente, sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, su legislación ambiental, cada Parte garantizará que sus leyes establezcan altos niveles de protección ambiental y se esforzará por perfeccionar dichas leyes.

El artículo 19.2, sobre fiscalización de la legislación ambiental, estipula que: 1. (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado. (b) Las Partes reconocen que cada Parte mantiene el derecho a ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, de acciones ante tribunales, de regulación y de observancia de las normas, y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos ambientales a los que se haya asignado una mayor prioridad. En consecuencia, las Partes entienden que una Parte está cumpliendo con el subpárrafo (a), cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad, o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos. 2. Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con la otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. 3. Ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación medioambiental en el territorio de la otra Parte.

El artículo 19.3, sobre el Consejo de Asuntos Ambientales, dispone que: 1. Las Partes establecen un Consejo de Asuntos Ambientales, compuesto por representantes de las Partes de nivel ministerial o representantes equivalentes, o por quienes éstos designen. El Consejo se reunirá una vez al año, o más a

menudo si las Partes lo acuerdan, para discutir acerca de la implementación de este Capítulo y de los progresos alcanzados de conformidad con el mismo. Cada reunión del Consejo incluirá una sesión pública, a menos que las Partes acuerden lo contrario. 2. Con el propósito de compartir enfoques innovadores para tratar asuntos ambientales de interés público, el Consejo asegurará que exista un proceso para promover la participación pública en su labor, que incluya la participación del público en la elaboración de las agendas de las reuniones del Consejo, así como el diálogo con el público acerca de estos asuntos. 3. El Consejo buscará oportunidades adecuadas para que el público participe en el desarrollo e implementación de actividades de cooperación medioambiental, incluso a través del Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Chile y Estados Unidos, tal como se establece en el Anexo 19.3. 4. Todas las decisiones del Consejo serán tomadas de mutuo acuerdo y se harán públicas, a menos que el Consejo decida de otra manera, o que el Tratado disponga otra cosa.

El artículo 19.4, sobre oportunidades para la participación pública, establece que: 1. Cada Parte establecerá disposiciones para la recepción y consideración de las comunicaciones del público relacionadas con este Capítulo. Cada Parte pondrá, sin demora, a disposición de la otra Parte y del público, todas las comunicaciones que reciba, y las revisará y responderá de acuerdo con sus procedimientos internos. 2. Cada Parte se esforzará al máximo por responder favorablemente a las solicitudes de celebrar consultas que efectúen personas u organizaciones en su territorio, en relación con la implementación de este Capítulo. 3. Cada Parte podrá convocar un comité consultivo nacional o un comité consultivo asesor, integrados por el público, incluyendo representantes de organizaciones empresariales y ambientales, y otras personas, o consultar uno ya existente, para que les orienten en la implementación de este Capítulo.

El artículo 19.5 se refiere a cooperación ambiental y establece que: 1. Las Partes reconocen la importancia de fortalecer la capacidad de proteger el medio ambiente y de promover el desarrollo sostenible junto con el fortalecimiento de las relaciones comerciales y de inversión entre ellas. Las Partes acuerdan emprender actividades de cooperación ambiental, en particular por medio de: (a) impulsar, a través de los ministerios u organismos pertinentes, proyectos de cooperación específicos que las Partes han identificado y establecido en el Anexo 19.3; y (b) negociar sin demora un Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Estados Unidos y Chile para establecer las prioridades de las actividades adicionales de cooperación ambiental, tal como se detalla en el Anexo 19.3, al mismo tiempo que se reconoce la importancia de la cooperación ambiental desarrollada fuera del ámbito de este Tratado. 2. Cada Parte tomará en cuenta los comentarios y recomendaciones que reciba del público en cuanto a las actividades de cooperación ambiental que las Partes emprendan en virtud de este Capítulo. 3. Las Partes deberán, según lo estimen apropiado, compartir información acerca de sus experiencias en la evaluación y consideración de

los efectos ambientales positivos o negativos de los acuerdos internacionales y políticas comerciales.

El artículo 19.6 dispone sobre consultas ambientales señalando que: 1. Una Parte podrá solicitar la realización de consultas con la otra Parte respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este Capítulo mediante la entrega de una solicitud escrita a la otra Parte. 2. Las Partes iniciarán las consultas sin demora, una vez entregada la solicitud. La Parte solicitante proporcionará información específica y suficiente en su solicitud, para que la otra Parte responda. 3. Las Partes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto y podrán requerir asesoría o asistencia de cualquier persona u organismo que estimen apropiado con el fin de examinar plenamente el asunto de que se trate. 4. Si las Partes no logran resolver el asunto a través de consultas, cualquiera de ellas podrá solicitar que el Consejo sea convocado para examinar el asunto, para lo cual entregará una solicitud escrita a la otra Parte. 5. El Consejo será convocado sin demora y procurará resolver el asunto recurriendo, cuando corresponda, a consultas con expertos de gobierno o externos y a procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación. 6. Si el asunto se refiere a si una Parte está cumpliendo con sus obligaciones de conformidad con el artículo 19.2(1)(a), y las Partes no han logrado resolverlo dentro de 60 días siguientes a la entrega de una solicitud de consultas conforme al párrafo 1, la Parte requirente podrá solicitar la realización de consultas en virtud del artículo 22.4 (Consultas), o una reunión de la Comisión en virtud del artículo 22.5 (Comisión - buenos oficios, conciliación y mediación) y, según lo dispuesto en el Capítulo Veintidós (Solución de controversias), recurrir en lo sucesivo a las otras disposiciones de ese Capítulo. 7. El Consejo podrá, cuando corresponda, proporcionar información a la Comisión relativa a cualquier consulta celebrada sobre el asunto. 8. Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al artículo 19.2(1)(a). 9. Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por un asunto que surja en relación con el artículo 19.2(1)(a) sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este artículo. 10. En los casos en que las Partes acuerden que un asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo resulta más adecuadamente cubierto por otro acuerdo internacional del cual las Partes son parte, deberán derivar el asunto para tomar las medidas pertinentes de acuerdo con ese acuerdo internacional.[69]

[69] El artículo 19.7 se refiere a la lista de árbitros ambientales y dispone que: 1. Las Partes establecerán, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigor de este Tratado, y mantendrán una lista de al menos 12 individuos que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para desempeñarse como árbitros en controversias que surjan de conformidad con el artículo 19.2 (1)(a). A

El artículo 19.8 se refiere a reglas de procedimiento y estipula que: 1. Cada Parte garantizará que los procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos, se encuentren disponibles, de conformidad con su derecho interno, para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental: (a) dichos procedimientos serán justos, equitativos y transparentes y, para este fin deberán cumplir con el principio del debido proceso y estar abiertos al público (salvo que la administración de justicia requiera otra cosa); (b) cada Parte establecerá sanciones y reparaciones apropiadas y eficaces para las infracciones de su legislación ambiental, que: (i) tomarán en consideración la naturaleza y la gravedad de la infracción, como también cualquier beneficio económico obtenido por el infractor, su condición económica y otros factores pertinentes; y (ii) podrán incluir acuerdos de cumplimiento, penas, multas, encarcelamiento, mandamientos judiciales, cierre de instalaciones y el costo de contener o limpiar la contaminación. 2. Cada Parte garantizará que las personas interesadas puedan solicitar a sus autoridades competentes que investiguen supuestas infracciones de la legislación ambiental y le den debida consideración a tales solicitudes de acuerdo con su legislación. 3. Cada Parte garantizará que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno sobre un determinado asunto, tengan adecuado acceso a los procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos, con el fin de dar cumplimiento a la legislación ambiental de esa Parte.[70]

menos que las Partes acuerden otra cosa, cuatro integrantes de la lista serán seleccionados de entre individuos que no sean nacionales de las Partes. Los integrantes de la lista de árbitros ambientales serán designados de común acuerdo por las Partes, y podrán ser redesignados. Una vez establecida la lista de árbitros, ésta permanecerá vigente por un mínimo de tres años, y seguirá en vigor hasta que las Partes constituyan una nueva lista. 2. Los integrantes de la lista deberán: (a) tener conocimientos especializados o experiencia en derecho ambiental o en su fiscalización, en comercio internacional, o en solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales; (b) ser elegidos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio; (c) ser independientes, no estar vinculados con cualquiera de las Partes y no recibir instrucciones de las mismas; y (d) cumplir con el código de conducta que establezca la Comisión. 3. Cuando una Parte reclame que una controversia surge conforme artículo 19.2(1)(a), se aplicará el artículo 22.9 (Constitución del grupo arbitral), salvo que: (a) Cuando las Partes así lo acuerden, el grupo arbitral estará integrado exclusivamente por árbitros que reúnan los requisitos del párrafo 2; y (b) Si las Partes no llegan a acuerdo, cada Parte podrá elegir a los que reúnan los requisitos señalados en el párrafo 2 o en el artículo 22.8 (Cualidades de los árbitros).

[70] El numerando cuarto de este artículo establece que 4. Cada Parte otorgará a las personas derechos eficaces y adecuados de acceso a reparaciones de acuerdo con su legislación, los cuales podrán incluir el derecho a: (a) demandar por daños a otra persona bajo la jurisdicción de esa Parte, de conformidad con la legislación ambiental de esa Parte; (b) solicitar sanciones o medidas de reparación, tales como sanciones pecuniarias, clausuras de emergencia u órdenes judiciales destinadas a mitigar las consecuencias de las infracciones de su legislación ambiental; (c) solicitar a las autoridades competentes que adopten acciones adecuadas para el cumplimiento de la legislación ambiental de la Parte, con el fin de proteger y evitar el daño al medio ambiente; o (d) solicitar mandamientos judiciales inhibitorios en casos en que una persona sufra o pueda sufrir pérdidas, daños o perjuicios como resultado de la conducta de otra persona, que se encuentre bajo la jurisdicción de esa Parte, que sea contraria a la legislación ambiental de esa Parte o se trate de una conducta agraviante que dañe la salud humana o el medio ambiente.

El artículo 19.9, sobre relación con los acuerdos ambientales, dispone que las Partes reconocen la importancia de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, incluido el uso apropiado de medidas comerciales contempladas en tales acuerdos, destinadas a lograr objetivos ambientales específicos. Reconociendo que en el párrafo 31(i) de la *Declaración Ministerial, adoptada en Doha, el 14 de noviembre de 2001*, los Miembros de la OMC han acordado efectuar negociaciones sobre la relación que existe entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, las Partes se consultarán en qué medida los resultados de las negociaciones son aplicables a este Tratado.

El artículo 19.10 sobre principios de gestión empresarial, postula que: Reconociendo los beneficios sustanciales que trae consigo el comercio internacional y la inversión, como también las oportunidades para que las empresas implementen políticas de desarrollo sostenible que persigan la coherencia entre los objetivos sociales, económicos y ambientales, cada Parte debería alentar a las empresas que operan dentro de su territorio o jurisdicción, a que incorporen, voluntariamente, principios sólidos de gestión empresarial en sus políticas internas, tales como los principios o acuerdos que han sido reconocidos por ambas Partes.

El Anexo 19.3 sobre cooperación ambiental reconoce que la cooperación en materias ambientales proporciona mayores oportunidades para mejorar el medio ambiente y para profundizar los compromisos comunes sobre el desarrollo sostenible, y por ello las Partes acuerdan, de conformidad con el artículo 19.5 (1)(a) del Tratado, impulsar, a través de sus ministerios u organismos pertinentes, diversos proyectos de cooperación, identificados durante la negociación de este Tratado.[71]

[71] (a) *Desarrollo de un Registro de Emisión y Transferencia de Contaminantes (RETC) en Chile*. El RETC es una base de datos disponible al público de los productos químicos que se han liberado a la atmósfera, al agua y a la tierra o transferidos a otro lugar para manejo adicional de desechos. Al desarrollar el registro, las Partes cooperarán y aprovecharán las lecciones aprendidas a partir de otros proyectos de RETC. Las instalaciones industriales informarán anualmente acerca de la cantidad de productos químicos que hayan emitido o transferido, e indicarán el destino final de dichos productos. La información entregada estará disponible para el público; (b) *Reducir la Contaminación Minera*. Estados Unidos ayudará a Chile en reducir la contaminación y la polución resultante de antiguas prácticas mineras, trabajando en forma conjunta con Chile para identificar las fuentes de contaminación y explorar métodos correctivos eficaces en función de los costos; (c) *Mejorar la Certeza del Cumplimiento y Fiscalización Ambiental*. Las Partes proporcionarán capacitación e intercambio de información, destinada a incrementar la capacidad de cada Parte para hacer cumplir sus leyes y regulaciones ambientales, y desarrollará y fortalecerá las relaciones de cooperación que promuevan el cumplimiento, la fiscalización y el desempeño ambiental; (d) *Compartir la Experiencia del Sector Privado*. Las Partes intentarán mejorar la gestión ambiental, invitando a las empresas de cada Parte a que compartan sus experiencias en el desarrollo e implementación de programas que han reducido la contaminación, incluyendo, cuando corresponda, una demostración de los beneficios financieros de esas medidas; (e) *Mejorar las Prácticas Agrícolas*. Para ayudar a reducir la contaminación originada por prácticas agrícolas en Chile, las Partes adaptarán e implementarán un

En el mismo sentido, el tratado establece que las Partes impulsarán actividades adicionales de cooperación ambiental, en virtud de un Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Chile y Estados Unidos, tal como se establece en el artículo 19.5(1)(b), y en otros foros.[72]

La cooperación de conformidad con el Acuerdo de Cooperación podrá incluir actividades en las siguientes áreas: (a) mejorar las capacidades para lograr certeza en el cumplimiento de las normas ambientales, incluida la fiscalización y la gestión ambiental voluntaria; (b) promover la adopción de buenas prácticas y tecnologías ambientales por parte de las pequeñas y medianas empresas; (c) desarrollar asociaciones público-privadas con el fin de lograr los objetivos ambientales; (d) estimular el manejo sostenible de los recursos ambientales, incluidas la flora y fauna silvestre y las áreas silvestres protegidas; (e) explorar las actividades ambientales relacionadas con el comercio y la inversión y el mejoramiento del desempeño ambiental; y (f) desarrollar e implementar instrumentos económicos para el manejo ambiental.[73]

programa de capacitación para los agricultores y otros trabajadores chilenos, destinado a promover el manejo adecuado de los pesticidas químicos y de los fertilizantes, y promover las prácticas agrícolas sostenibles. Las Partes trabajarán conjuntamente para modificar los programas de capacitación existentes de modo que se adapten a las prácticas y costumbres agrícolas chilenas; (f) *Reducir las Emisiones de Bromuro de Metilo.* Para mitigar las emisiones de bromuro de metilo, las Partes intentarán desarrollar alternativas eficaces a dicho compuesto químico, el cual Chile y Estados Unidos se han comprometido a eliminar gradualmente en virtud del Protocolo de Montreal sobre Substancias que Agotan la Capa de Ozono; (g) *Mejorar la Protección y el Manejo de la Vida Silvestre.* Para proteger la vida silvestre en Chile y en América Latina, las Partes trabajarán conjuntamente para crear capacidades con el fin de promover el manejo y la protección de los recursos biológicos en la región, a través de la colaboración con universidades y ofreciendo programas para administradores de vida silvestre, para otros profesionales y para las comunidades locales en Chile y en la región; (h) *Aumentar el Uso de Combustibles Limpios.* Las Partes trabajarán para mejorar la calidad de los combustibles, particularmente del petróleo diesel y la gasolina, usados en sus territorios, mediante una colaboración destinada a proporcionar capacitación y asistencia técnica sobre una variedad de temas ambientales relacionados con los combustibles. Las Partes publicarán los beneficios de este trabajo.

[72] Así, se estipula que: (a) Las Partes han acordado tomar en consideración los aportes del público, relativos a las áreas prioritarias de cooperación bilateral, al negociar el Acuerdo de Cooperación; (b) El Acuerdo de Cooperación, *inter alia*: (i) establecerá el marco institucional adecuado para coordinar los distintos elementos del mismo; (ii) establecerá procedimientos para el desarrollo de programas de trabajo periódicos que fijen las prioridades de las actividades de cooperación; (iii) establecerá disposiciones para consultar y revisar, a intervalos regulares, el programa de trabajo para dichas actividades de cooperación; (iv) generará oportunidades adecuadas para que el público participe en el desarrollo de nuevas actividades de cooperación y en la implementación de las actividades acordadas; (v) estimulará el intercambio de información sobre políticas, legislación y prácticas ambientales de las Partes; (vi) promoverá la comprensión y la implementación eficaz de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente de los cuales ambas Partes sean parte; (vii) alentará la recopilación y publicación de información comparable sobre las regulaciones ambientales de las Partes, sus indicadores y actividades de fiscalización; y (viii) establecerá la realización de consultas regulares con el Consejo de Asuntos Ambientales, establecido en el artículo 19.3 (Consejo de Asuntos Ambientales), en cuanto a las prioridades identificadas por las Partes, como también en lo referente al trabajo de cooperación futuro.

[73] Las Partes podrán implementar actividades de cooperación de conformidad con el Acuerdo de Cooperación mediante: (a) el intercambio de profesionales, técnicos y especialistas, y mediante visitas de estudio, para promover el desarrollo de políticas y normas ambientales; (b) la organización conjunta de

El Capítulo Veintidós del tratado se refiere a solución de controversias y establece en su artículo 22.11, sobre expertos y asesoría técnica, que: 1. A solicitud de una Parte o, a menos que ambas Partes lo desaprueben, el grupo arbitral por su propia iniciativa, podrá solicitar información y asesoría técnica, incluyendo información y asesoría técnica relativa a materias medioambientales, laborales, de salud, seguridad u otros asuntos técnicos planteados por una Parte en un procedimiento, de cualquier persona o entidad que estime pertinente

El Capítulo Veintitrés, excepciones, se refiere en su artículo 23.1, de excepciones generales que: 1. Para los efectos de los Capítulos Tres al Siete (Trato nacional y acceso de mercancías al mercado, Reglas de origen y procedimientos de origen, Administración aduanera, Medidas sanitarias y fitosanitarias, y Obstáculos técnicos al comercio), el artículo XX del GATT 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Tratado y forman parte del mismo, mutatis mutandis. Las Partes entienden que las medidas a que hace referencia el artículo XX (b) del GATT 1994 incluye las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y que el artículo XX (g) del GATT 1994 se aplica a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables.[74]

### 3.12 Unión Europea

Sólo en el artículo 28 del Título I del apartado de Cooperación Económica se mencionan objetivos relacionados con la Cooperación en Medio Ambiente. El objetivo de la cooperación será fomentar la conservación y la mejora del medio ambiente, la prevención de la contaminación y degradación de los recursos naturales y ecosistemas, y el uso racional de éstos en favor de un desarrollo sostenible. En este marco se consideran de especial interés:

a) la relación entre pobreza y medio ambiente;

conferencias, seminarios, talleres, reuniones, sesiones de capacitación y programas educacionales y de extensión; (c) el apoyo, desarrollo e implementación de proyectos de colaboración y demostraciones incluyendo proyectos conjuntos de investigación, estudios e informes; (d) la promoción de vínculos entre representantes de las esferas académicas, la industria y el gobierno con el fin de estimular el intercambio de información científica y tecnológica, buenas prácticas ambientales y desarrollar e implementar proyectos de cooperación; y (e) otras actividades según acuerden las Partes, en virtud del Acuerdo de Cooperación. Las Partes reconocen que el financiamiento, alcance y duración de los proyectos listados en el párrafo 1 o las actividades de cooperación que se lleven cabo de conformidad con el Acuerdo de Cooperación, se realizarán de conformidad con los recursos financieros y humanos de las Partes. Las Partes pondrán a disposición del público la información relativa a los proyectos y actividades que realicen de conformidad con este Anexo.

[74] 2. Para los efectos de los Capítulos Once, Trece y Quince (Comercio transfronterizo de servicios, Telecomunicaciones y Comercio electrónico), el Artículo XIV del AGCS (incluyendo sus notas al pie de página) se incorpora a este Tratado y forma parte del mismo. Las Partes entienden que las medidas a que se refiere el Artículo XIV (b) del AGCS incluyen a las medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

b) el impacto medioambiental de las actividades económicas;

c) los problemas medioambientales y la gestión del uso de suelos;

d) los proyectos destinados a reforzar las estructuras y políticas medioambientales de Chile;

e) el intercambio de información, tecnologías y experiencia, incluidas las relativas a normas y modelos medioambientales, la formación y la educación;

f) las iniciativas de educación y formación medioambiental destinadas a fortalecer la participación ciudadana; y

g) la asistencia técnica y los programas regionales conjuntos de investigación.

## 4. Referencias

Campusano Droguett, Raúl F. "Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC". Coautor: Pablo Romero Z. En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Año IX, volumen 19, enero 2009.

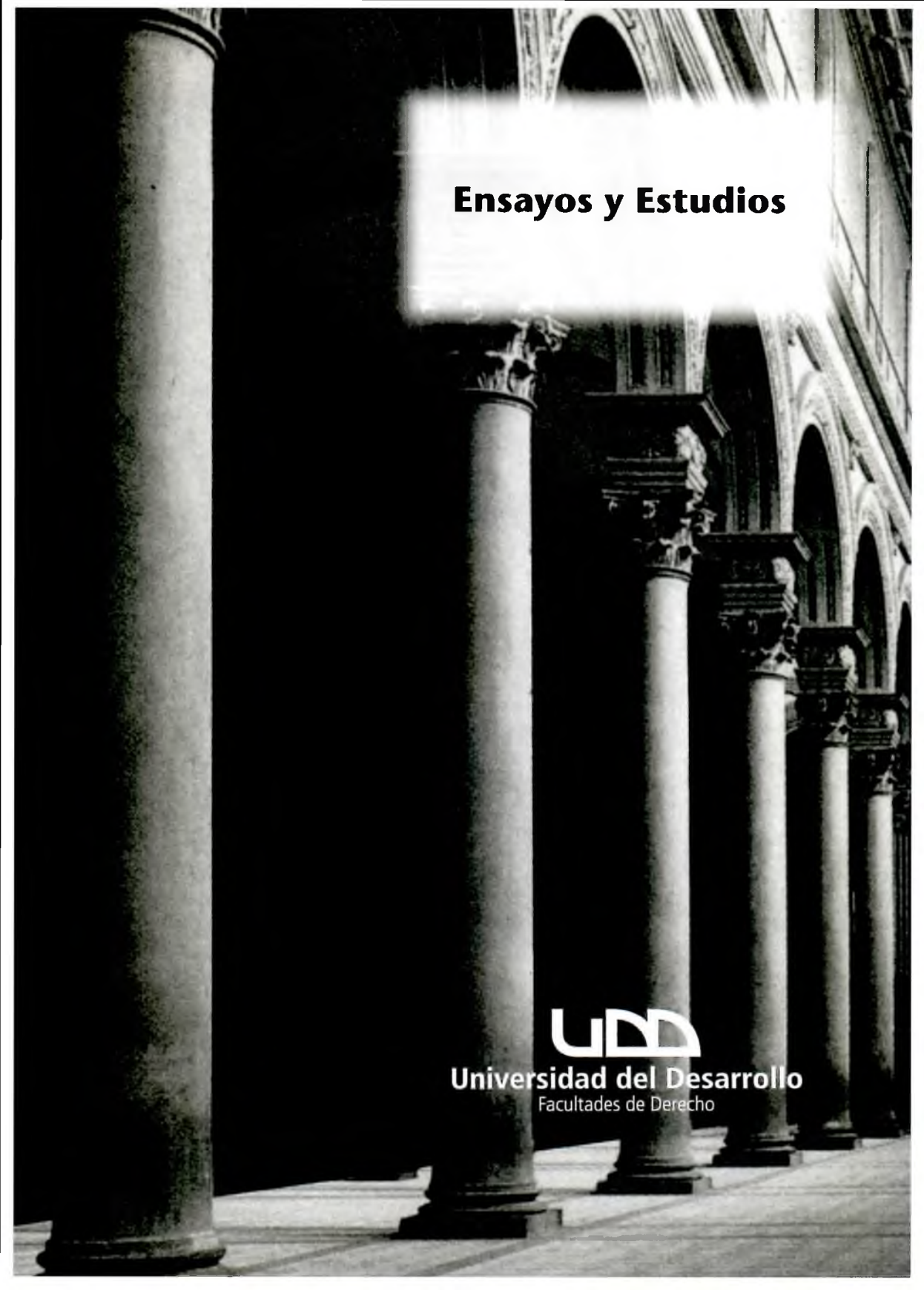
Campusano Droguett, Raúl F. "La Institucionalidad Ambiental derivada de los Acuerdos Comerciales firmados por Chile y su relación con la Organización Mundial de Comercio y con la Institucionalidad Ambiental Nacional". En *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental.* Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario. Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, octubre 2006.

Campusano Droguett, Raúl F. "El Tratado de Libre Comercio Chile-Corea". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Coautor: Francisco Carvajal. Año VI, volumen 11, enero 2005.

Campusano Droguett, Raúl F. "Prevención y Solución de Conflictos Ambientales en la Región Asia Pacífico en el Contexto APEC". En *Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales y Alternativas*. Segundas Jornadas nacionales de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Diciembre 2004.

Tratados de Libre Comercio firmados por Chile.

DIRECON. Sitio web www.direcon.cl


Ensayos y Estudios
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

# Derecho en la Educación

**Luis Bates Hidalgo**
**Ministro de Justicia de Chile (2003-2006)**
**Profesor Titular de Derecho Penal**
**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

*La formación cívica del ciudadano no es monopolio de ningún partido político.*

## I. Introducción

La ley y el derecho regulan gran parte de las relaciones entre los individuos entre sí y entre éstos y el Estado, tengamos o no conciencia de ello. De modo que cuanto mayor sea el conocimiento que de él se tenga mayores serán las posibilidades de desenvolvernos competentemente en la sociedad, individual y colectivamente. Por otra parte, la madurez y la estabilidad del sistema democrático de gobierno requiere de un efectivo interés de participación de las personas; un genuino convencimiento de los principios, valores e ideales democráticos y clara conciencia de sus derechos y obligaciones. De otro modo dicho, es indispensable promover la democracia participante y activa –en oposición a la democracia espectadora y pasiva–, en la que los asuntos de la comunidad sean tan familiares e importantes como los asuntos particulares, es decir, en la que el bienestar de la comunidad se convierta en preocupación de todos. Otros escritores enfatizan la necesidad de promover un clima de "*virtudes cívicas*" como requisito primordial para la supervivencia de la democracia.

Nos parece esencial, por lo tanto, que la educación proporcione a adultos, ancianos, jóvenes y niños, hombres y mujeres, las herramientas necesarias para tratar durante toda su vida con los asuntos civiles y legales. Tan esencial como la enseñanza de las primeras letras.

Entre las diversas modalidades que se han concebido para comunicar el derecho, el presente trabajo se focaliza en la educación de niños y jóve-

nes, porque ellos deben constituir una prioridad política en la construcción de una nueva convivencia. Conocimientos legales y destrezas básicas para desenvolverse de manera eficiente, competente y responsable en los asuntos personales y públicos, son hoy impostergables desafíos que encaran las sociedades democráticas de América Latina que, en nuestra opinión, encuentran insuficiente respuesta en la educación escolar.

La tarea de formar cívica y legalmente es difícil y compleja. Por esta razón el presente trabajo contiene algunas reflexiones generales y sugerencias de aproximación a esa tarea fundamental en la esperanza de que, enriquecidas por el debate y la crítica, puedan servir de semilla que produzca múltiples y variados programas de **"Derecho en la Educación"** en todos los países de América Latina.

## II. Virtudes cívicas, obligaciones y responsabilidades

*"La Revolución se efectuó antes que comenzara la guerra.*
*La Revolución estuvo en las mentes y en los corazones de los ciudadanos,*
*un cambio en sus sentimientos religiosos, en sus deberes y obligaciones.*
*Este cambio radical en los prejuicios, opiniones, sentimientos y afectos del pueblo,*
*constituyó la real Revolución Americana".*

**John Adams**
Segundo Presidente Estados Unidos de Norteamérica
(Carta a Hezekish Niles, 15 de febrero 1818).

*"La responsabilidad histórica sustituye la ausencia de responsabilidad legal.*
*El poder tiende a la corrupción y el poder absoluto corrompe absolutamente".*

**Lord Acton**
Historiador inglés.

*"La única forma de proteger tus libertades en este mundo*
*es protegiendo las libertades de los demás hombres.*
*Tú puedes ser libre solamente si yo soy libre".*

**Clerence Darrow**
Abogado norteamericano.

*"El peor gobernante es aquel que no puede gobernarse a sí mismo".*

**Platón**

La promoción de un clima de "*virtudes cívicas*" parece indispensable para la sustentación de la democracia. Debido a conocidas razones históricas, en las últimas décadas se han realizado importantes esfuerzos en América Latina orientados a la protección de los derechos "*inalienables*", denominados también individuales o humanos, campo en el que aún queda un largo camino por recorrer. Las virtudes cívicas y su relación con los derechos del hombre fue precisada en su época por George Washington de la siguiente manera:

> *"Los derechos humanos solo pueden asegurarse entre gente virtuosa. El gobierno nunca podrá caer en peligro de degenerar en monarquía, oligarquía, aristocracia o ninguna forma despótica u opresiva en la medida que existan virtudes en el pueblo".*[1]

Virtud cívica esencial es el cumplimiento de las obligaciones del hombre para con otras personas y con la sociedad. Las obligaciones o deberes son parte integral de los derechos humanos. El concepto de los derechos humanos –recuerdan Sandifer y Scheman–[2] y su correspondiente contrapartida de respeto a los derechos de los demás aparecen en los comienzos de la historia humana como un elemento indispensable de su propia supervivencia y la de los demás hombres. Y Ghandi afirmaba que los derechos que vale la pena tener y preservar proceden de obligaciones perfectamente establecidas. En opinión de este abogado, político y líder espiritual es fácil definir los deberes del hombre y de la mujer relacionando cada derecho con un deber correspondiente. Pensamos que los esfuerzos orientados a la protección de los derechos del hombre en América Latina no han estado acompañados de equivalentes esfuerzos dirigidos a promover sus deberes y sus obligaciones, con el consiguiente debilitamiento de su sentido de responsabilidad individual y colectivo. Esta realidad se aprecia en infinitos ejemplos de conductas u omisiones de la vida diaria en los que generalmente la responsabilidad se traslada a otras personas. Si yo no cumplo con la obligación legal y moral de alimentar a mi familia, alguien lo hará... Si yo no me preocupo mediante abstenciones o conductas activas por la conservación del medio ambiente libre de contaminaciones, alguien, tal vez el Estado, lo hará... Si no participo en la elección de autoridades porque prefiero tranquilidad, otros lo harán..., y así indefinidamente.

Los deberes y obligaciones se vinculan a su vez clara y directamente con la libertad, incluida la civil y la política, porque el disfrute de toda libertad obliga y limita, genera responsabilidad. La preservación de la libertad depende, precisamente, del reconocimiento que hagamos de las obligaciones y limitaciones que ella conlleva, ante nosotros mismos, ante los terceros más o menos cercanos y ante la sociedad. Sin ese reconocimiento la libertad degenera en las sociedades inmaduras en licencia o libertinaje. La libertad política, dice el artículo 4° de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre:

> *"Consiste en poder hacer cualquier cosa que no dañe a otro. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que parezcan necesarios para asegurar a los demás hombres el libre ejercicio de esos mismos derechos; estos límites sólo podrán determinarlos las leyes".*

[1] Orrin G. Hatch, *"Civic Virtud": "Wellspring of Liberty"*, publicado en National Forum, Toward the Bicentennial of the Constitution, 1984, pág. 34.
[2] Durward V. Sandifer y L. Ronald Scheman, *Fundamentos de la Libertad*, Manuales Uteha N° 346.

La libertad es entonces la capacidad de autolimitarse, autodeterminarse frente a sí mismo y frente a la realidad. Es el triunfo sobre la impulsividad. El ser persona, se ha dicho, comienza precisamente allí donde deja de existir el ser impulsivo y cesa cuando se deja de ser responsable.

La autodeterminación y voluntarios niveles de conducta son, por lo tanto, prerrequisitos indispensables para preservar la libertad y evitar anarquías o tiranías. Si la democracia se funda en el derecho del pueblo a gobemarse por sí mismo (*"el pueblo es el rey"*) quiere decir que la capacidad de autogobernarse adquiere la mayor relevancia como auténtico pilar en que descansa la democracia, al extremo que hay quienes piensan que todos los experimentos políticos pasados y futuros descansan en la capacidad del género humano de autogobernarse. La democracia se levanta gracias a la responsabilidad política y social de todos los ciudadanos. Por ello es que la responsabilidad social debe necesariamente cultivarse en una sociedad democrática autogobernada.

Además de las obligaciones, deberes y responsabilidades hay valores y principios formadores vinculados estrechamente a la capacidad de autogobernarse y absolutamente necesarios para preservar la civilización democrática. La moderación, la solidaridad, la autodisciplina, la laboriosidad o esfuerzo en el trabajo, la honestidad, la frugalidad, la tolerancia, el respeto a los demás, el respeto a la propia conciencia y el bien común entendido como sacrificio individual para que exista bienestar colectivo, entre otros.

La tolerancia y el respeto a los demás, por ejemplo, son valores que tienen múltiples expresiones privadas y públicas. Esos valores facilitan la vida política sin violencia, pues las personas que participan en ella entienden que las libertades de pensamiento, de opinión y de crítica integran un camino de doble vía que tiene sus límites en la libertad de pensar, de opinar y de criticar de los demás; entienden que otras personas pueden discrepar y criticar la opinión propia y que los consensos para logros comunes importantes pasan por las vías de la diversidad de opiniones y opciones, de la divergencia y del conflicto. En una democracia, afirmó William Fulbright, senador norteamericano, disentir es un acto de fe y la crítica, en opinión de otro escritor, más que un derecho es un acto de patriotismo, la más alta forma de patriotismo.

No estamos seguros que los debates constitucionales consideren suficientemente las virtudes de autogobierno de los pueblos. Más bien creemos que generalmente esas virtudes se presumen y que es pensamiento muy extendido entre los arquitectos jurídicos que los diseños constitucionales bastan para asegurar la libertad y la felicidad de las personas y de los pueblos. Drost afirma sobre el particular:

> *"Los aspirantes políticos que alardean de astucia, han conseguido desilusionar una y otra vez a los pueblos con sus predicciones y plataformas, que hablaban de un orden social con cualidades y atributos únicos, completamente distintos de los rasgos y de las facciones características de las personas. Esa peligrosa ilusión de que algún día el Estado podrá establecer un orden social que sea más noble, valioso, justo y moral que el ciudadano común conduce a la glorificación del Estado y a la esclavitud del pueblo".*

La educación escolar es, en nuestra opinión, un canal adecuado para enseñar desde temprana edad a amar y defender los valores, principios y derechos del hombre y de la mujer, como asimismo a asumir sus obligaciones y responsabilidades; para educarlos en la responsabilidad de la autodeterminación; para mostrar a los estudiantes de manera pragmática las infracciones a los derechos y las diferencias que existen entre los valores y sus correspondientes contravalores. Por ejemplo, la distinción entre conductas honradas y deshonestas o corruptas; entre verdad y mentira; entre libertad y licencia; entre laboriosidad y flojera, etc.

## III. Participación ciudadana: interacción educativa

La participación ciudadana como derecho se encuentra contemplada en las Constituciones de diversos Estados americanos y en Declaraciones Internacionales y, como va dicho, es el eje de la "democracia participativa". Pero el sólo significado jurídico de la voz participación es limitativo, pues ella tiene dimensiones sociológicas y psicológicas más ricas. Erick Fromm[3] afirma que al participar en la comunidad, el individuo siente que la vida se vuelve más interesante y estimulante y define la democracia política como una sociedad en que la vida es eso, interesante. Por su naturaleza, continúa este afamado escritor, *"la democracia participante no es burocrática y crea un ambiente que virtualmente excluye el surgimiento de demagogos".*

El nexo participación-educación lo explica el profesor chileno Lautaro Ríos así:[4]

> *"En este proceso, se produce una interacción educativa entre persona y grupo, en el cual aquella aporta su grado de formación al grupo y resulta enriquecida en el contacto con éste, es una espiral progresiva de desarrollo en que cada grado de perfeccionamiento personal provoca y exige al sujeto un mayor nivel de participación o, lo que es lo mismo, de proyección y de realización social".*

[3] Erick Fromm, *Ser o Tener*, Fondo de Cultura Económica, pág. 171.
[4] Lautaro Ríos, "Derecho de Participar y Participación Universitaria", *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, abril 1986, pág. 71.

En opinión de este autor, la participación es en sí un proceso educativo.

En realidad, es la experiencia personal de cada hombre y mujer y no los lemas políticos; es la posibilidad de expresar libremente sus propias opiniones y críticas y de influir en las decisiones que afectan su vida personal y colectiva, en suma, la participación responsable es la que constituye la base de una auténtica democracia.

## IV. Educación y democracia

*"Una gran democracia debe ser progresiva*
*o pronto dejará de ser una gran democracia".*

**Theodore Roosevelt**
26° Presidente EE. UU. de Norteamérica

*"Credo pedagógico:*
*Yo creo que*
*– La escuela es sobre todo una institución social.*
*– La educación, por lo tanto, es un proceso de vivir*
*y no una preparación para vivir en el futuro.*
*– La educación es un método fundamental*
*del progreso social y reforma".*

**John Dewey**
Educador y filósofo norteamericano

*"La democracia es la peor forma de gobierno.*
*La más ineficiente y la más torpe, la más impracticable.*
*Ella reduce la sabiduría a impotencia y asegura el triunfo*
*del ignorante y del demagogo. Sin embargo, la democracia*
*es la única forma admisible de orden social*
*porque es la única consistente con la justicia".*

**Roberto Briffault**
Novelista y antropólogo inglés

La relación entre democracia participativa y función educativa nos parece clara y múltiple. En primer lugar, porque las posibilidades de democratización de una sociedad no parecen posibles sin un proceso educativo que se ajuste a esa finalidad. En segundo lugar, porque la experiencia de algunos países demuestra que los procesos de democratización facilitan el mejoramiento de los sistemas educativos y, en tercer lugar, porque otras experiencias demuestran el derrumbe de avanzadas democracias debido a agudas carencias educacionales.

Si la democracia tiene como objetivos la dignidad y felicidad de las personas y el progreso y la prosperidad de la sociedad política, es decir que los ciudadanos participen más o menos directamente en los asuntos públicos y en la orienta-

ción del gobierno, la educación debe mirar tanto a las necesidades básicas de cada persona como al interés general o bien común. Ello supone que todos deben alcanzar un real conocimiento y adiestramiento en la exigencia celosa de sus derechos y en el cumplimiento efectivo de sus deberes. Son elementos indispensables para desenvolverse eficientemente en la sociedad, para cumplir las funciones de ciudadano útil y para la formación del espíritu público, pilar necesario de la vitalidad de la sociedad política.

¿Mira la educación escolar al desenvolvimiento eficiente del individuo dentro de su comunidad? ¿Lo prepara para participar en los asuntos públicos? ¿Proporciona las necesarias destrezas y requisitos que modelen comportamientos responsables en las dimensiones personal y colectiva"?

Para muchos el término educación es sinónimo de instrucción escolar, instrucción formal, que debe tener lugar en instituciones separadas de los adultos y de los problemas o intereses generalmente importantes para la juventud y la comunidad. Desde este punto de vista el aprendizaje se aparta de los problemas, opciones y fenómenos que se encuentran más allá del entorno de los establecimientos educacionales. Se crean así dos mundos discontinuos. El uno, artificial, irreal, de contenidos teóricos más informativos que formativos, que desatiende el valor educacional de personas y entes públicos o privados ajenos a sus establecimientos y sin relación con actividades que redunden en consecuencias importantes ya sea en la escuela o en el mundo exterior. La capacidad de memorizar los contenidos abstractos es la más importante destreza intelectual para tener éxito en los estudios. El otro es el mundo real y posterior, en el que se supone que se aplica el aprendizaje adquirido para ganarse la vida.

La modalidad educativa del primer mundo implica por lo menos dos consecuencias. En primer lugar, la educación comienza y termina. La graduación significa la terminación del aprendizaje y el comienzo de la vida real. En segundo lugar, gran parte del adiestramiento escolar no tiene efecto formativo en los estudiantes. Mas bien puede decirse que los deforma al omitir una visión que aproxime a la vida real.

En nuestra opinión, la educación debe considerarse como función de toda la comunidad. En esta perspectiva, las instituciones públicas y privadas y en general todas las instituciones sociales y los individuos provenientes de diversas profesiones y campos del conocimiento pueden llegar a ser importantes agentes educativos de modo que el aprendizaje ocurra como consecuencia de una participación en actividades orientadas hacia problemas y destrezas básicos vinculados a esas instituciones o personas. Plutarco afirmaba que "la ciudad es la verdadera maestra", entendiendo por ciudad la convivencia social

en función de un conjunto de instituciones y realidades en el cual al hombre le corresponde actuar. Y un educador ha afirmado que "*el niño educado solo en el colegio es un niño insuficientemente educado*". Por otra parte pensamos que la educación es un proceso permañente que solo termina con la vida de la persona, particularmente si es capaz de desarrollar hábitos mentales de autorreflexión o "*toma de conciencia*" del quehacer de la vida, lo que a su turno lo hace más responsable, pues la responsabilidad es eso: hacer al hombre consciente de su actuar, que asume su quehacer y responde frente a él.

Como resultado de esta modalidad educativa inserta en la comunidad, se persigue modelar conductas terminales en los estudiantes. La educación surge así de necesidades básicas y problemas reales dentro de la comunidad.

## V. Conocimiento y conciencia de los derechos y deberes del hombre y de la mujer

"*La libertad no puede ser preservada*
*sin un conocimiento general*".

**John Adams**

"*Conocimiento es en verdad lo que aproxima a la virtud,*
*verdadera y esencialmente eleva a un hombre sobre otro*".

**John Addison**
Poeta y ensayista inglés

"*Para los malos gobernantes el progreso del conocimiento*
*entre las masas es objeto de temor; es fatal para ellos y sus designios*".

**Meter Henry**
Historiador escocés

"*El conocimiento es el antídoto del temor*".

**Ralph Waldo Emerson**
Poeta y filósofo americano

Para ejercitar derechos y cumplir obligaciones, personales y sociales; para participar eficaz y responsablemente en una democracia y para cultivar virtudes cívicas, es necesario que las personas tengan la posibilidad de informarse, de adquirir conocimiento y de adiestrarse, es decir, educarse.

Ya hemos afirmado que es un hecho insuficientemente conocido que la ley y el derecho impactan casi todos los aspectos de la vida del hombre y de la mujer.

Es un hecho, asimismo, que solamente las personas bien informadas se encuentran en mejores condiciones para hacer valer y defender sus derechos

competentemente, acceder a los apropiados servicios disponibles, cumplir sus obligaciones, familiarizarse con el derecho y con el sistema legal, y satisfacer de manera efectiva sus necesidades básicas. Por el contrario, para quienes sufren sentimientos de falta de información e ignorancia, la ley, el derecho y el sistema legal permanecen misteriosos e incomprensibles. Desarrollan hacia ellos desconfianza, apatía y temor, si es que no resentimiento, porque en sus experiencias personales advierten que la ley y las instituciones no responden a sus específicas y concretas necesidades básicas y que la legalidad no les otorga beneficio alguno, sino sólo coerciones y sanciones. La ley penal es probablemente la más conocida y la que más sufren particularmente los sectores económicamente pobres. En realidad, estas personas no están en mejor posición que si no existieran los derechos y servicios. De aquí la expresión "*mito de los derechos*" que utilizan algunos escritores.

A los citados efectos psicológicos causados por el desconocimiento de las normas y regulaciones que afectan los asuntos diarios o necesidades básicas de las personas, se agrega la ficción de que todo el mundo conoce la ley, porque ésta es generada por la sociedad misma y por lo tanto todo individuo debidamente adaptado al medio social debe conocerla. Luego, la comunicación de la ley no sería necesaria y nadie puede alegar ignorancia. La "*ignorantia juris*" puede dar, sin embargo, rienda suelta a injusticias extremas de modo especial en el campo penal, como lo denunciara Bentham primero y el escritor argentino Joaquín Costa en 1957. Bentham censura el castigo por desobediencia a las personas que se las ha mantenido alejadas del conocimiento y Costa, junto con destacar la incompatibilidad de esa ficción con la realidad de la vida, la califica de "*verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia*". Ante la argumentación de que tal ficción o abstracción es necesaria para la conservación del orden social y en aras del bien común y de que la gente debe aprender los comportamientos que espera de ella, Costa afirma:

> "*Por manera que el orden social, en las naciones modernas, no puede asentarse sobre la verdad: necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que los condena a regir su vida por criterios que le son y que fatalmente han de serles ignorados*".

La verdadera cuestión, en opinión de este escritor argentino, radica en que el pueblo no puede aprender las leyes, enterarse de su existencia, entenderlas, recordarlas, retenerlas en la memoria y menos practicarlas debido al lenguaje con que se escriben. Y los criterios para entender las leyes son del todo ajenos a la inteligencia de los particulares.

## VI. Comunicación de los derechos y de los deberes de los abogados

Los efectos desfavorables que emanan del desconocimiento del sistema legal y de los derechos y obligaciones afectan de preferencia a las personas económicamente pobres, debido principalmente a que son ajenos a los sistemas de comunicaciones jurídicas más usados, a su falta de educación y a la carencia de recursos económicos para acceder a los abogados. Porque, en efecto, los abogados deberían ser importantes comunicadores o agentes intermediarios de información de la ley, del derecho y de la justicia, porque poseen sistemas especializados de información jurídica que los mantienen al día sobre el estado actual de la ley y porque son las personas que histórica y monopólicamente intermedian entre el ciudadano y los centros de aplicación del derecho, de modo que sus servicios deberían suplir parcialmente los efectos negativos derivados del desconocimiento de los derechos y obligaciones. El acceso a los abogados, empero, es difícil y a veces imposible para las personas económicamente pobres o con recursos escasos, cualquiera que sea el número de abogados para una población, porque cuestan dinero. Más, la barrera económica no es la única. Las hay, además, de orden cultural, **de lenguaje** y psicológicas. Es un arduo y complejo problema que aún los países más adelantados no resuelven satisfactoriamente.

**Las oficinas de asistencia legal,** privadas o públicas, destinadas a satisfacer las demandas de asesoría legal de esas personas descuidan ostensiblemente la importante labor educativa que les corresponde desarrollar para con sus clientes, tanto más importante cuanto que esos clientes no tienen el mínimo punto inicial para tratar de obtener los servicios profesionales o para iniciar averiguaciones acerca de las leyes. De aquí que la ignorancia de éstos los hace más dependientes de los abogados y otros profesionales que tienen la educación de que aquél carece y, por lo tanto, la información. Son centros de ayuda legal **reactivos** caracterizados por una sobrecarga de casos, pasivos y rutinarios en el tratamiento de los casos, con atención preferente de casos individuales, entre otras características. Por el contrario, los servicios de ayuda legal **proactivos** orientan sus esfuerzos a desarrollar poder en los clientes para que comprendan sus derechos, para que comprendan los beneficios de la legalidad y para que minimicen las barreras que dificultan el conocimiento del derecho y el acceso al sistema legal. Son estos servicios legales que en su relación con el cliente acentúan fines educacionales y persiguen el consentimiento informado de sus clientes en las decisiones profesionales que se toman y el rol activo de estos en el seguimiento legal de sus casos. En suma, ayudan al cliente a ayudarse a sí mismo. Esta orientación de los servicios de asistencia legal, al parecer poco desarrollada, considera la educación como esencial ingrediente de cualquier programa de servicios legales de manera que las personas atendidas adquieran conciencia de sus derechos y obligaciones.

El "*derecho preventivo*" adquiere en ellos particular importancia, porque se pretende con esta modalidad de la abogacía que el remedio legal pase a ser la excepción más que la regla.

Si se ha formulado alguna referencia a la acción educativa de los abogados y de los servicios de asistencia legal es porque se supone que constituyen el canal natural de acceso de la gente a los centros de aplicación del derecho y con ello debería aminorarse el impacto negativo del desconocimiento de los derechos y obligaciones.

## VII. Otras formas de comunicación

Mas la acción educativa de los abogados y de los centros de asistencia legal constituye solo una forma de comunicación del derecho y de la ley más accesible a los adultos que a los jóvenes y niños. El Estado, primero a través de la publicación formal de la ley, que no induce suficientemente a respuestas o reacciones, y luego a través de sus funcionarios, por ejemplo, la policía y especialmente aquellos que se mueven en las regiones rurales, es otro importante agente comunicador de leyes y reglamentos, pero indispensable para la implementación de sus políticas de desarrollo y de cambio dirigido.

Existe, por otra parte, un flujo de comunicaciones altamente estructurado proporcionado por los modernos medios de comunicación social: periódicos, radio, televisión, cine, Internet, etc., los que tienen una enorme responsabilidad que asumir en la comunicación plena, eficiente y comprensible del conocimiento legal, en términos de beneficiar a sectores muy amplios de la población.

Existen, asimismo, otros agentes que pueden mover la comunicación no tan solo "*hacia abajo*", sino además "*hacia arriba*", caracterizada esta última por transmitir demandas populares al liderazgo político, tales como asociaciones profesionales, cooperativas, iglesias, corporaciones, instituciones recreativas, sindicatos, organizaciones de derechos humanos, partidos políticos, centros familiares, organizaciones vecinales, etc. Todas ellas pueden llegar a ser instituciones muy adecuadas para hacer llegar información legal directamente a personas que de otra manera difícilmente se enterarían de sus derechos y obligaciones legales y para implementar programas de educación cívica.

Los jueces, como se explica más adelante, deberían cumplir también una importante función comunicadora del derecho y de la forma de operar del sistema de justicia más allá de las resoluciones judiciales.

Finalmente, se encuentra la educación escolar como agente comunicador de insospechadas proyecciones.

## VIII. Educación cívica

Si bien la educación cívica y las ciencias sociales han sido desde hace mucho tiempo aceptadas como responsabilidad de la educación escolar, los programas existentes son deficitarios en impartir conocimientos y destrezas básicos para la adecuada formación cívica y legal requerida por la sociedad moderna. Por el contrario, ciertas conductas desviadas y aun de violencia dentro de los establecimientos educacionales son índices claros de una falta de respeto muy extendida por la ley y el derecho y los valores que los sustentan.

En el ámbito de las ciencias sociales y de la formación cívica se reproduce el rasgo predominante de la educación general ya formulado, en cuanto no acerca suficientemente a los estudiantes a las realidades y problemas de la sociedad a que pertenecen. Tanto el método como el contenido no incrementan las habilidades de los estudiantes para analizar el fenómeno legal y el político ni les proporcionan una comprensión operativa de como trabajan el sistema legal y las instituciones legales. Se imparten cursos con materiales de enseñanza que proporcionan definiciones y conceptos abstractos e información superficial y sobresimplificada sobre textos constitucionales carentes de conexión con la realidad y con los asuntos públicos más difíciles e importantes. Se trata generalmente de cursos narrativos expositivos, carentes de vida, tediosos, de asimilación memorística, de fácil volatilización más que asimilación y comprensión. Aspectos vitales de la vida democrática y del sistema legal son insuficientemente comprendidos por los estudiantes por ausencia de información o información meramente teórica e incomprensible. Por ejemplo:

**a)** Lo que es la ley, o dicho de otro modo, la necesidad de que existan reglas de convivencia pacífica en una comunidad, del mismo modo como se necesitan reglas en los deportes y en los juegos (En general los deportes son un vehículo natural para introducir y reforzar en el contexto de la educación escolar una variedad de conceptos legales).

**b)** Los procedimientos para generar esas reglas en una democracia y sus diferencias con otros sistemas. De otro modo dicho, cómo llega a existir la ley.

**c)** Los valores e intereses que se encuentran detrás de esas reglas.

**d)** La necesidad de respetar la pluralidad de ideas.

**e)** El concepto y contenidos del "*Estado de Derecho*", cerebro y corazón del sistema democrático.

**f)** Los límites de los poderes del Estado y del gobierno.

**g)** La importancia del modo de gobierno representativo basado en elecciones libres y competitivas.

**h)** De qué manera y por qué caminos la Constitución y las leyes afectan la vida diaria y las necesidades básicas de las personas.

**i)** Cómo funciona la ley en la práctica y cómo puede trabajar para las personas el sistema de justicia, particularmente en la protección de sus derechos humanos.

**j)** Cómo se puede participar responsablemente en los asuntos públicos del país, etc.

Las consecuencias o efectos negativos o desfavorables que acarrea para el sostenimiento de la democracia la información errónea o la falta de conocimiento y adiestramiento acerca de cómo trabajan el derecho y el sistema legal en una democracia son múltiples y variadas. Provocan un alejamiento del sistema concebido sobre la base de participación ciudadana. Forman ciudadanos más bien apáticos, con un sentimiento muy extendido de que el sistema legal no trabaja bien y que protege al deshonesto y al culpable a expensas del cumplidor de las leyes; desconfiados, por lo tanto, de las instituciones nacionales y de las personas que las dirigen; faltos de respeto por las reglas obligatorias de conducta, sentimiento reforzado a veces por la valoración positiva –habilidad o astucia– que a tales hechos asigna la comunidad; cínicos y con cierta aversión por participar en los asuntos públicos; sin una valoración clara ni aprecio de la democracia como estilo de vida y, por lo tanto, incapaces de defenderla y de encontrar diferencias morales entre el sistema democrático y los sistemas totalitarios; con bajos niveles de conductas éticas derivados de la idea de que todas las cosas son relativas y de que nada es absolutamente correcto o idóneo.

La educación escolar y el sistema legal son instituciones que pueden estimular la maduración cívica de los niños y jóvenes, como hemos dicho, uno de los objetivos políticos más importantes que encara nuestra sociedad. La enseñanza de los principios y valores democráticos, las razones de su importancia y la fe en ellos; la enseñanza de la ley y del derecho, de los derechos y obligaciones de cada hombre y mujer y del sistema legal mediante programas de "**Derecho en la Educación**" pueden contribuir en el mediano y largo camino a formar mejores ciudadanos para sólidas y maduras democracias. Tales enseñanzas deben impartirlas los profesores en los colegios como "custodios" de la democracia, de modo articulado, razonado y moralmente comprometido.

## IX. Derecho en la Educación

Los programas de "**Derecho en la Educación**" se basan en la convicción de que se pueden corregir las deficiencias de los tradicionales cursos de educación cívica introduciendo al estudio del derecho situaciones reales y concretas, transformando lo abstracto en concreto, lo general en específico, y en la convicción de que un mejor conocimiento y entendimiento del derecho, del sistema legal y de las instituciones legales, puede contribuir a formar ciudadanos mejor educados y más responsables política y cívicamente en los asuntos personales y comunitarios, nacionales e internacionales. Pretenden ayudar a producir ciudadanos responsables, equilibrados, tolerantes y civilizados, con control moral sobre. sus actos. Los programas de "**Derecho en la Educación**", además, pretenden ser una respuesta vital a la apatía, cinismo y falta de debida consideración por el derecho y las instituciones. Pretenden equipar, a través de la educación, a personas carentes de ilustración legal, preferentemente niños y jóvenes, con conocimientos destrezas y valores vinculados al derecho y al sistema legal para que los apliquen en experiencias diarias y para que lleguen a ser personas legalmente ilustradas e informadas, efectivas, competentes y participantes en una sociedad democrática. Pretenden ayudar a entender cómo el derecho impacta la vida diaria de las personas y los valores que están en la trastienda de nuestras estructuras legales y cívicas. Programas de "**Derecho en la Educación**" pueden contribuir a una mejor respuesta del derecho a las necesidades básicas de las personas, quienes frecuentemente son sus víctimas en vez de ser servidas por el derecho. Programas de "**Derecho en la Educación**" pueden ayudar a la gente a prevenir o resolver problemas e incrementar la utilización del sistema legal. Todo lo cual es fundamental para alcanzar justicia y una mejor percepción pública del derecho, el sistema legal y la profesión.

Como objetivos más específicos de estos programas se pueden señalar los siguientes:

- Desarrollar habilidades analíticas.
- Desarrollar valores morales.
- Entender cómo trabajan los procedimientos legales para adjudicar derechos, resolver conflictos, resistir las injusticias e incluso asegurar cambios por vías pacíficas.

Aprender sobre los derechos humanos y reconocer sus infracciones; el derecho criminal y el sistema de justicia penal. La escuela es el lugar apropiado para empezar a tratar con la delincuencia, la prevención de la criminalidad juvenil

y consiguientemente su reducción, particularmente importante en países en que la criminalidad juvenil es alarmante; áreas vinculadas directamente a la vida de los estudiantes y que tengan para ellos la más alta prioridad, no sólo para que se informen cómo les afecta la ley, sino para que aprecien mejor que lo que aprenden en el colegio es importante y tiene sentido. Por ejemplo, el derecho de menores y juvenil, particularmente las leyes que les son aplicables en la medida que alcanzan ciertas edades, 14 años, 18 años, 21 años, etc.; las leyes que regulan la conducción de vehículos motorizados; las leyes vinculadas al alcohol, a las drogas y al sexo, al medio ambiente y a la familia; la posibilidad de celebrar contratos o acceder a un empleo; la obligación de cumplir un servicio militar; la responsabilidad penal, el derecho y el deber de votar; las leyes sobre protección del consumidor, sobre el matrimonio, sobre control de armas, etc.

- Entender los derechos, deberes y responsabilidades de la vida democrática.

- Promover una actitud constructiva hacia el derecho.

- Promover interés por los asuntos públicos y participación responsable.

El objetivo de desarrollar habilidades analíticas requiere, en nuestra opinión, de un hábito mental de autorreflexión o "*toma de conciencia*" de lo que se hace (del "*hacer*" al "*ser*") como elemento de aprendizaje y de toma de decisiones durante toda la vida. La autorreflexión del propio quehacer (acción reflexiva) hecha por los estudiantes que participen en programas de "**Derecho en la Educación**", que los vincule con personas adultas, instituciones de la vida nacional y problemas de la comunidad, debe razonablemente incrementar en ellos el sentido de responsabilidad individual y social.

El objetivo de desarrollar valores morales acentúa la aproximación inquisitiva o cuestionadora de los cursos de formación cívica por sobre la aproximación meramente expositiva. Facilita la capacidad del estudiante de evaluar lo que es correcto o incorrecto y las consecuencias de sus decisiones. La noción de que se puede aprender al margen de los valores es errónea. Valores como la honestidad, la laboriosidad, el respeto a los demás, son valores universales que deben enseñarse en los colegios y escuelas. Programas de "**Derecho en la Educación**" que versen sobre alguna(s) de las materias expuestas pueden interesar a los administradores de los colegios en la medida que lleguen a ser lugares que den sentido a experiencias de la vida real y que ayuden a eliminar algunos de los problemas diarios que enfrentan, v. gr., venta de drogas, vandalismo, atentados contra la propiedad, actos de violencia contra otros estudiantes, profesores y administradores, consumo de alcohol y drogas,

infracciones a la disciplina y a las buenas costumbres y en general conductas antisociales.

"**Derecho en la Educación**" no pretende formar abogados "*amateurs*", sino más bien preparar a los jóvenes para ser ciudadanos en una sociedad en que la ley juega un rol importante. No es algo abstracto, teórico o de principios vacíos. "**Derecho en la Educación**" impulsa programas pragmáticos atados, más que a la capacidad de memorizar, a la comprensión por parte de los estudiantes. Programas que aborden problemas reales que afectan diariamente a personas reales, que para ser evitados o resueltos en una democracia requieren conocimiento legal, análisis y particulares destrezas. Un conocimiento del derecho que, como se ha dicho, no deje indiferente el "*ser*" del estudiante, sino que en cierto modo lo transforme, produzca en él positivos cambios duraderos.

Programas con objetivos claros, bien diseñados e implementados, que **incrementen conocimiento legal en lenguaje "*traducido*"**, pueden reducir la delincuencia juvenil **y las conductas antisociales**.

Objetivos, contenidos, actividades, estructura y administración, implementación, evaluación, financiamiento, etc., aspectos todos de la mayor importancia para el éxito de los programas, dependen en buena medida de las circunstancias locales en que han de desenvolverse. Esencial resultará siempre proveer a los educadores con metodologías, técnicas y materiales apropiados a los cursos, porque ellos, los profesores y el contexto social influyen de modo más o menos directo en las posibilidades de éxito de programas escolares de "**Derecho en la Educación**".

## X. Derecho en la Educación y administración de justicia

Múltiples y muy variados pueden ser los programas de "**Derecho en la Educación**" para la formación cívica de niños, jóvenes y adultos. Las contribuciones y adelantos conocidos provenientes de otros países pueden ser particularmente útiles para la elaboración de textos, libros, programas de televisión, radio, etc., siempre que se apliquen teniendo en cuenta las tradiciones, estilos de vida, realidades y necesidades regionales y locales de los países de América Latina, y en especial la cultura legal y los sistemas legales.

El sistema de administración de justicia de cualquier país es parte del sistema legal y piedra angular del funcionamiento de la democracia. Su importancia radica en que a través de la aplicación de las normas legales pueden solucionarse los conflictos entre los integrantes de la sociedad y los de éstos con el Estado. Si el sistema judicial falla, si la justicia no puede proteger al individuo

del ejercicio arbitrario de un Poder, o si la percepción general de los ciudadanos es que no satisface las necesidades de la colectividad, la Constitución pasa a ser insegura y se tiende a promover el imperio de la fuerza, la violencia o la venganza, es decir, la búsqueda de soluciones propias al margen del derecho. El debilitamiento del sistema judicial implica la alteración de la paz y la convivencia civilizada. De otro modo dicho, para la sobrevivencia y fortalecimiento de la democracia se requieren los mejores niveles posibles de justicia.

Sin embargo, para los estudiantes, como para el ciudadano medio, el sistema de justicia es el más remoto y menos entendido de los Poderes del Estado. Su atención se dirige a él por las noticias que dan cuenta de casos controvertidos y las experiencias personales dejan la sensación de un complicado sistema judicial con procedimientos oscuros y **un lenguaje que entienden sólo abogados y jueces**.

La educación escolar enseña poco y mal la ley y el sistema de justicia de sus países y éste, a su turno, puede y debe cumplir y transferir a los colegios importantes funciones educativas. Porque en una sociedad democrática la credibilidad y la perpetración de las instituciones públicas no pueden basarse en la ignorancia pública. Un poder judicial independiente y fuerte depende de una ciudadanía educada, y esta educación debe iniciarse en la base. En nuestra opinión, los Tribunales de Justicia no cumplen ningún rol significativo en la promoción de la percepción y comprensión pública de su quehacer, en circunstancias que la publicidad de las actuaciones judiciales es de la esencia de los gobiernos representativos. La responsabilidad de los jueces no es sólo para con la ley, sino también para con la percepción pública. Los jueces deberían ser escuchados primero, pero no solamente, a través de la debida fundamentación de todas sus resoluciones. Deberían hacer apariciones públicas, v. gr., visitas a los colegios, para explicar en lenguaje comprensible el sistema judicial, cómo opera realmente, cómo hacen sus decisiones, lo que hacen, lo que no les corresponde hacer, lo que no pueden hacer, etc. Un buen camino para describir qué es un programa de "**Derecho en la Educación**" en la práctica, es precisamente dar algunos ejemplos acerca de lo que pueden hacer los jueces para hacer del derecho algo real y comprensivo a los estudiantes. Los jueces pueden enseñar, pero también pueden aprender mucho del público y de los estudiantes. Pueden enseñar, por ejemplo, (**a**) explicando su rol y su función dentro del sistema de justicia, particularmente dentro del sistema de justicia criminal, (**b**) explicando la organización y estructura de los Tribunales de Justicia y los principales procedimientos legales, (**c**) llamando la atención sobre mejoramientos en los procedimientos de administración de justicia, (**d**) explicando los retrasos en el proceso legal, (**e**) identificando áreas de problemas y esfuerzos para resolverlos, (**f**) explicando los aspectos de la vida de las personas que son afectados por los tribunales, etc. Y no solo los jueces. Existe una amplia gama de

capital humano vinculado a la Administración de la Justicia que pueden llegar a ser importantes agentes educativos para los estudiantes: abogados, policías, oficiales de prisiones, médicos legistas, peritos, etc. Los Tribunales de Justicia son, en suma, instituciones públicas particularmente aptas para desempeñar a través de programas de "**Derecho en la Educación**" un significativo rol en la educación cívica de los escolares.

## XI. Conclusión

La educación cívica y legal de los pueblos de América Latina es un área que requiere preferente atención. Las formas de comunicación del derecho en lenguaje llano y comprensible, son múltiples y variadas. Programas de "**Derecho en la Educación**" orientados preferentemente a la educación escolar de acuerdo a las realidades e intereses propios de cada país, pueden llegar a ser instrumentos útiles e indispensables para mejorar la educación cívica que permita, a su turno, un sostenimiento activo de las democracias.

# Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez

**Hugo Rosende Álvarez**
Director del Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En un esfuerzo por renovar los estudios de derecho, el profesor Pablo Rodríguez Grez ha publicado diversas obras jurídicas a través de las cuales defiende el "creacionismo jurídico", en cuya virtud el derecho se crea y recrea cada día, en un proceso continuo y enriquecedor, que extiende la regulación jurídica en función de los valores predominantes en la comunidad civil.

Es en esa perspectiva que nace su estudio sobre la "Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno",[1] que será la materia que abordaremos en este trabajo contrastándola con la doctrina aplicada tradicionalmente entre nosotros, y sin tener la pretensión de abordar todas las aristas del tema, que de suyo es extenso y complejo.

## I. La doctrina tradicional

La enseñanza de la ineficacia jurídica de derecho privado se ha centrado tradicionalmente en: la inexistencia jurídica, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la inoponibilidad.

### A. La inexistencia jurídica

#### 1) Concepto

Don Luis Claro Solar dice que la inexistencia jurídica de un acto o contrato se

[1] Rodríguez Grez, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 1995, p. 282.

produce por no haberse podido éste perfeccionar por la falta de una de las cosas esenciales para su existencia legal.[2]

Vial del Río[3] afirma que la ineficacia por la omisión de un requisito esencial para la existencia de un acto jurídico se llama inexistencia. Dicha omisión impide que el acto nazca a la vida del derecho y que produzca efectos.

## 2) Discusión acerca del reconocimiento de la inexistencia jurídica en la legislación chilena

### *a) La posición doctrinaria que niega la inexistencia en nuestro derecho*

i) Fabres[4] sostiene que el art. 1682 del C.C. no consigna expresamente como causal de nulidad la falta de objeto o de causa, sino que lo es el objeto o causa ilícitos. Sin embargo, en todos esos casos se impide –dice– absolutamente la existencia de la obligación, y en todos ellos hay nulidad absoluta.

En el pensamiento de este autor, lo medular consiste en que exista una materia sobre la cual recaiga el acto o contrato y ella reside en el objeto del acto y de la obligación, el cual debe tratarse de una o más cosas que se haya de dar, hacer o no hacer (art. 1460 del C.C.).

Son sinónimos, en su parecer, la falta de objeto y la falta de objeto determinado, como también lo son el objeto ilícito determinado y el ilícito indeterminado. Por consiguiente, la circunstancia que no pueda haber obligación sin objeto o sin causa es –a su juicio– una prueba fehaciente de que ambos son capítulos de nulidad absoluta; porque la naturaleza de esta especie de nulidad consiste en impedir la existencia o el valor de la obligación.

En variados ejemplos, el señor Fabres ilustra la similitud que hace el legislador en el tratamiento de la falta de objeto con el objeto ilícito.

Así, el artículo 1461, inc. 3°, dice:

"Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente

[2] Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Duodécimo, volumen VI, N° 1908, p. 582, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

[3] Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, N° 159, p. 234, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, 2003.

[4] Fabres, José Clemente, "De la Nulidad y Rescisión (Título XX del C.C.). Examen Crítico y Jurídico", en *Obras Completas*, tomo tercero, pp. 101 a 116, Imprenta Cervantes, 1908.

imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

El artículo 1093 expresa:

"Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación de los interesados.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen".

El artículo 1475 señala:

"La condición positiva debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.

Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles".

El artículo 1480 dispone:

"Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida.

A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles.

Y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales.

La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o a un inmoral, se tendrá por no escrita".

Lo transcrito demuestra, en el sentir de Fabres, que el hecho imposible no solamente no existe, sino que no puede existir, y es la falta de objeto más radical y absoluta. Sin embargo, dice la ley que es lo mismo que el hecho (objeto) ilícito, desde que producen iguales efectos o ambos impiden la existencia de la obligación.

La identidad de la falta de objeto y objeto ilícito la recoge también la ley cuando dice que el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona (art. 1463). La infracción de este precepto es sancionada en la forma indicada en el inciso final del artículo 1204, según el cual cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor.[5]

Finalmente, el artículo 1814 señala: "La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno...", lo cual hace decir al señor Fabres que ésta es una de las fórmulas de que se vale la ley para designar la nulidad absoluta.

En cuanto a la causa, el Código Civil es explícito: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita" (art. 1467).

Por consiguiente, cuando dice que no puede haber obligación sin causa real, o sea, sin que exista la causa; o cuando señala que no puede haber obligación con una causa ilícita, lo que expresa en definitiva es que ambas están sancionadas con la nulidad absoluta.

ii) Alessandri Rodríguez[6] afirma que nuestro Código sólo conoce la nulidad absoluta y la relativa, comprendiendo los actos inexistentes entre los actos nulos de nulidad absoluta.

Las razones en que sustenta su posición son:

- El artículo 1682 engloba todos los requisitos que se exigen, de existencia o de validez, para el acto jurídico.

- El Código Civil no ha reglamentado la inexistencia jurídica, de manera que los actos que en doctrina son inexistentes, entre nosotros son nulos de nulidad absoluta.

- El legislador declara absolutamente incapaces a los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender

[5] La expresiones "nulas y de ningún valor" o "nulos y de ningún valor" aparecen recogidas en el art. 10 del C.C., donde se establece precisamente la nulidad como sanción general a la contravención de las leyes prohibitivas, y que el artículo 1466 del C.C. tipifica como objeto ilícito la celebración de contratos prohibidos por las leyes, lo cual es causal de nulidad absoluta, según el artículo 1682 del C.C.

[6] Alessandri R., Arturo; Somarriva U., Manuel, y Vodanovic H., Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Tomo II, N° 1443, pp. 325 y 326, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

claramente. Sus actos son inexistentes por falta de voluntad, no obstante lo cual el artículo 1682 dice que hay nulidad absoluta en los actos y contratos de los absolutamente incapaces.

Alessandri Besa sostiene que si faltan los requisitos de existencia, el acto no nace a la vida jurídica, no existe, y por lo tanto no puede producir ningún efecto. Y agrega, si bien esto es hasta cierto punto aceptable en doctrina, que en nuestro Código Civil la inexistencia no tiene cabida.[7] En nuestra legislación positiva la nulidad y la inexistencia están equiparadas, porque el Código Civil no hace diferencias entre ellas, sino que sólo ha dado reglas relativas a la nulidad. En consecuencia, ésta es la sanción civil máxima que contempla nuestro Código Civil.[8]

iii) Jurisprudencia

*– Falta de objeto*

Se ha fallado,[9] a propósito de la falta de objeto, que: "No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya sea una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Si uno de los socios no aporta a la sociedad, o si es nulo su aporte, la sociedad no tiene existencia legal. En consecuencia, es nula la sentencia que a pesar de declarar nulo el aporte hecho por uno de los socios de una sociedad anónima, desecha la petición de nulidad de la misma sociedad, petición fundada en no haberse hecho el aporte total de la cosa destinada a servir de capital social".

Se ha decidido "que habiendo vendido el demandado acción y derechos que no existen a su favor en la cosa de que se trata, falta el objeto de la obligación y, en consecuencia, el contrato no produce efecto alguno. De conformidad con esta consideración, (...) se declara nulo el contrato".[10]

La Corte Suprema declaró que "no pudiendo jurídicamente existir obligación o declaración de voluntad sin objeto cierto que la constituya, la falta de este elemento parcial en el contrato lo vicia y anula".[11]

[7] Alessandri Besa, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, tomo I, N° 6, pp. 7 y 9, segunda edición, Editorial Jurídica Ediar-Consur Limitada, sin fecha.
[8] Ibíd., N° 195, pp. 182 y ss.; N°s 439 a 448, pp. 391 a 409.
[9] R.D. y J. tomo 16, sec. 1ª, p. 365.
[10] Gaceta de los Tribunales, año 1897, 1er semestre, sentencia 1395, p. 844.
[11] Gaceta de los Tribunales, año 1909, 1er semestre, sentencia 287, p. 434.

– *Falta de causa*

Se ha fallado que "un mutuo en que no ha existido entrega de dinero no se perfecciona; el contrato no queda legalmente celebrado y adolece de nulidad absoluta por falta de causa, dejando de ser ley para los contratantes".[12]

– *Falta de consentimiento*

Se ha declarado que "la falta de consentimiento de la mujer, constante de los propios contratos hipotecarios, acarrea la nulidad de los propios contratos hipotecarios, acarrea la nulidad absoluta de las hipotecas, por omisión de un requisito que la ley prescribe para el valor del contrato en consideración a su naturaleza".[13]

Se ha anulado una compraventa en que faltaba el consentimiento del comprador, por no haber comparecido al otorgamiento de la escritura.[14]

***b) La posición doctrinaria que acepta la inexistencia en nuestro derecho***

Claro Solar señala que si falta una de las cosas esenciales del acto jurídico, éste no puede jurídicamente existir, no puede producir efecto alguno; es la nada. Desde esta perspectiva se puede decir que la ausencia de voluntad, objeto, causa o solemnidad propiamente tal, darán lugar a la inexistencia.

A su turno, la omisión de los requisitos de validez trae consigo la nulidad del acto o contrato (art. 1681 C.C.). Se aplica a la falta de capacidad legal, a los vicios del consentimiento, al objeto y causa ilícitos.

Son ejemplos de inexistencia jurídica:

El artículo 1701, que dispone que la falta de instrumento público en los actos o contratos en que la ley requiere esa solemnidad hará que estos se miren como no ejecutados o celebrados.

El artículo 1809 prevee que el precio de la compraventa se deje al arbitrio de un tercero. Si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes; en caso de no convenirse, no habrá venta.

[12] R.D. y J., tomo 39, sec. 1ª, p. 505.
[13] R.D. y J., tomo 24, sec. 2ª, p. 53.
[14] R.D. y J., tomo 34, sec. 2ª, p. 14.

Para este autor la diferencia fundamental entre la inexistencia y la nulidad reside en que el acto inexistente no produce efectos civiles y el acto nulo los produce hasta que se declara judicialmente la nulidad.

En palabras de Claro Solar:[15] "Se dice que un acto es inexistente, cuando no reúne las condiciones sin las cuales no se concibe como tal; de suerte que sólo tiene una apariencia de existencia, pues en realidad legalmente nada se ha hecho, ya que lo hecho no produce efecto alguno civil..." y agrega: "Si el acto no tiene alguno de los requisitos necesarios para su validez, el acto será nulo absoluta o relativamente; pero existe; y la nulidad deberá ser declarada para que el acto deje de producir efectos, no pudiendo ser atacado una vez prescritas las acciones de nulidad o de rescisión".

## B. La nulidad absoluta

### 1) Concepto

Hay nulidad absoluta cuando a un acto o contrato le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie (art.1681).

### 2) Causales

El artículo 1682 del Código Civil dice que son causales de nulidad absoluta: el objeto o causa ilícitos, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y los actos o contratos celebrados por personas absolutamente incapaces.

### 3) Titulares

Son titulares de la acción de nulidad absoluta: a) todo el que tenga interés en ello, y b) el Ministerio Público en el solo interés de la moral y de la ley.

*a) Es titular de la acción de nulidad absoluta todo el que tenga interés en ello.*

La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683).

[15] Op. cit., tomo undécimo, "De las Obligaciones", II, N° 684, p. 11.

El interés debe ser: i) patrimonial o pecuniario; ii) ha de tener origen en la celebración del acto o contrato, y iii) debe apreciarse soberanamente por el que alega la nulidad.[16]

i) La ley dice que puede alegar la nulidad absoluta todo el que tenga interés en ello, esto es, todo el que tenga interés pecuniario en que desaparezcan los efectos del acto o contrato nulo. La palabra interés se encuentra tomada en un sentido restringido, interés pecuniario, "porque no cabe en esta materia un interés puramente moral, como es el que motiva la intervención del Ministerio Público. En los proyectos, incluso el de 1853, se decía que podía alegarse por todo el que tenga un interés pecuniario en ello, pero la Comisión Revisora prefirió la redacción que daba Delvincourt a esta exigencia sin haber entendido dar a la disposición un alcance más amplio que el que antes tenía. Lo único que el cambio puede significar es que no se requiere que el interés pueda estar representado por una cantidad determinada y que es interés de este orden el que consiste en que no se altere la situación de fortuna del deudor en forma de poder resultar perjudicado el tercero.[17]

ii) **El interés debe tener su origen en el acto o contrato cuya nulidad se pretende.** Se ha fallado que al decir el artículo 1683 que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, se refiere al que tenga interés en la nulidad del acto o contrato que le afecta y cuyos resultados propios le conviene eliminar.[18]

Asimismo, se ha decidido que no es necesario haber intervenido en el contrato cuya validez se impugna; basta tener interés en la declaración de nulidad absoluta.[19]

La Corte Suprema[20] sentenció, luego de transcribir parte del artículo 1683 del Código Civil, lo siguiente: "...se ha entendido que ese interés ha de existir en el momento de ejecutarse el acto o celebrarse el contrato y haber como su causa jurídica necesaria la contravención legal que acarrea esta nulidad".

[16] Rodríguez Grez, Pablo, op. cit., p. 210.
[17] Claro Solar, Luis, op. cit., tomo duodécimo, N° 1926, p. 606, y Alessandri, Somarriva y Vodanovic, op. cit., N° 1453, p. 332.
[18] R.D. y J., C.S., 2 de abril de 1941, tomo 39, sec. 1ª, p. 37, citada por Alessandri, Somarriva y Vodanovic, op. cit., N° 1453, p. 332.
[19] R.D. y J., C. Apelacines Santiago, 21 de agosto de 1939, tomo 39, sec. 1ª, p. 37, citada por Alessandri, Somarriva y Vodanovic, op. cit., N° 1453, p. 332.
[20] R.D. y J., tomo 54, sec. 1ª, p. 92.

iii) **El interés debe apreciarse soberanamente por el que alegue la nulidad absoluta.**

Se ha decidido que el demandante tiene interés en deducir la acción, puesto que la nulidad que reclama le acarrearía un provecho patrimonial, y el hecho de que el provecho exista o no realmente está librado a una apreciación exclusivamente suya (...); a lo que debe añadirse que el interés jurídico o de justicia es precisamente una derivación del interés económico, porque ese interés de justicia se define precisamente por el concepto de que a cada uno pertenece, según cada uno lo entienda, cierta o erróneamente.[21]

En fallo de 29 de agosto de 1961, la Corte Suprema resolvió que "acogida la nulidad absoluta, se producirá de inmediato la restitución *in integrum* que es de rigor, y como una consecuencia de ello, se reincorporarán a la herencia un conjunto de bienes cuya recuperación económica en el patrimonio del causante sólo pueden apreciar los solicitantes de la nulidad". [22]

En cuanto a la inhabilidad para el ejercicio de la acción de nulidad absoluta, el artículo 1683 del C.C. dice que es inhábil para intentar esa acción el que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Es una sanción al contratante que intervino dolosamente o de mala fe en la ejecución del acto en la celebración del contrato viciados de una causal de nulidad absoluta.

Para incurrir en la sanción de no poder alegar la nulidad absoluta no basta el conocimiento presunto de ley a que se refiere el artículo 8° del Código Civil; es necesario el conocimiento real y efectivo del vicio que invalidaba el acto.[23]

- Se ha planteado la cuestión de saber si es posible demandar la nulidad absoluta cuando se contrata a través de un representante y éste ha obrado con dolo al contratar, esto es, sabiendo el vicio que invalidaba el contrato.

  La jurisprudencia está dividida.

  En 1938 la Corte Suprema[24] estimó que el representado no puede intentar la acción de nulidad, porque de acuerdo con el artículo 1448 lo actuado por el representante se mira como un hecho del representado.

[21] R.D. y J., tomo 36, sec. 1ª, p. 104, citado por Rodríguez Grez, op. cit., pp. 211, 212.
[22] R.D. y J., tomo 58, sec. 1ª, p. 318, citado por Rodríguez Grez, op. cit., p. 213.
[23] R.D. y J., tomo 31, sec. 1ª, p. 337.
[24] R.D. y J., tomo 36, sec. 1ª, p. 104.

Sin embargo, en el año 1941 la Corte decidió lo contrario, al decir que el representado puede pedir la declaración de nulidad absoluta del acto celebrado con dolo por su representante, porque el dolo envuelve una determinación personalísima de la voluntad y porque el representante sólo está autorizado para ejecutar actos lícitos, y no ilícitos.[25]

- En lo que concierne a la inhabilidad de los herederos del contratante que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, don Gonzalo Barriga Errázuriz[26] sostiene que la prohibición del artículo 1983 que afectaba al causante no alcanza a los herederos. Se funda en la historia fidedigna del establecimiento de la disposición que sólo impide alegar la propia inmoralidad (Delvincourt) y los herederos no alegan su propia inmoralidad; la prohibición de que se trata es un inhabilidad que es intransmisible, y el heredero pide la declaración de nulidad en virtud de un derecho propio que le confiere la ley, y no como heredero del causante que ejecutó el acto.

- La jurisprudencia es contradictoria, aunque prevalece el criterio de no permitir al heredero del contratante de mala fe, alegar la nulidad absoluta del contrato celebrado en esa condición por su causante.

  Los fallos[27] que no aceptan que el heredero intente la acción de nulidad absoluta, sostienen:

  - Los herederos representan y continúan la persona del difunto sin solución de continuidad alguna, le suceden en todos los derechos y obligaciones contractuales y transmisibles, con las mismas calidades y vicios; salvo ciertas situaciones personalísimas del de cujus, son la misma persona que él, no pueden ni más ni menos que éste, en lo que actúan en su representación y sin derecho propio: el muerto vive en el heredero.

  - Ello no significa que el heredero sea responsable del dolo o culpa de su antecesor, sino sólo que, como tal, no puede invocar un derecho que no tenía su causante y que, además, no emana del contrato cuya nulidad se pretende obtener.

[25] R.D. y J., tomo 39, sec. 1ª, p. 148.
[26] Comentario al fallo publicado en la R.D. y J., tomo 32, sec. 1ª, p. 100. Arturo Alessandri Besa adhiere a la tesis del señor Barriga, en op. cit., tomo I, segunda edición, N° 654, pp. 598 a 601.
[27] R.D. y J., tomo 19, sec. 1ª, p. 325; tomo 25, sec. 1ª, p. 390; tomo 28, sec. 1ª, p. 133; tomo 29, sec. 1ª, p. 250; tomo 32, sec. 1ª, p. 100, y tomo 36, sec. 1ª, p. 289.

Las sentencias que aceptan que el heredero intente la acción de nulidad absoluta[28] se fundan en las razones siguientes:

- La regla del artículo 1683, que prohíbe al contratante de mala fe alegar la nulidad absoluta es excepcional. Como tal, no puede aplicarse a otras personas que a aquéllas que señala determinadamente el texto de la ley.

- El precepto mencionado sanciona la inmoralidad propia del contratante pero esa sanción o castigo no puede aplicarse a quien no participó en el acto o contrato.

- El heredero no ejercita una acción que haya adquirido de su causante, sino que acciona con un derecho propio, apoyándose en la ley que lo confiere a todo el que tenga interés en ejercitarlo.

– Finalmente, se dice que mientras el fundamento de la inhabilidad del art. 1683 del Código Civil radica en la circunstancia de haber contratado la parte afecta a tal inhabilidad sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el contrato, la del art. 1685 se establece en razón del dolo, esto es, de la maquinación fraudulenta utilizada para inducir con engaño a alguien a contratar; en el primer caso la ley contempla un fenómeno subjetivo, un estado pasivo; en el segundo exige no sólo intención de engañar, sino acción encaminada a tal fin. De modo que ambas situaciones no son equivalentes y no siéndolo, no puede entenderse que la sanción que se aplica en una, en razón de un fundamento preciso, haya de igualarse en sus efectos a la otra, que deriva de un fundamento distinto. En tal evento la ley deseó ser más severa y al efecto hubo de consignar expresamente que la prohibición impuesta al autor del dolo se extendería a sus herederos y cesionarios, lo que no se habría necesitado si en la mente del legislador hubiera existido idéntico propósito al establecer la inhabilidad del art. 1683 del Código Civil.

***b) El Ministerio Público puede pedir la declaración de nulidad absoluta en el solo interés de la moral y de la ley.***

Este titular de la acción de nulidad no existe desde la supresión de los promotores fiscales en primera instancia.

[28] R.D. y J., tomo 33, sec. 2ª, p. 65; tomo 34, sec. 2ª, p. 33, y tomo 58, sec. 2ª, p. 21.

### 4) Declaración

La nulidad absoluta debe ser declarada judicialmente y el juez no puede ni debe declararla de oficio, a menos que el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato (art. 1683 C.C.).

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, manifiesto significa, en lo que aquí interesa, "descubierto, patente, claro". La jurisprudencia[29] entiende por tal que baste sólo leer el instrumento en que el acto o contrato se contiene sin relacionarlo con ninguna otra prueba o antecedente del proceso, ni resultar de raciocinios más o menos próximos.

### 5) Saneamiento

La nulidad absoluta no se sanea por la ratificación de las partes ni por un lapso de tiempo que no pase de 10 años (art. 1683).

## C. Nulidad relativa

### 1) Concepto

La nulidad relativa es una sanción civil dispuesta por la ley cuando a un acto o contrato le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según el estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan.

### 2) Causales

Tiene lugar esta clase de nulidad por la omisión de requisitos o formalidades establecidos por la ley para el valor de los actos o contratos en consideración al estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan (art. 1683), y en general, por cualquiera otra especie de vicio, que no sea causal de nulidad absoluta.

### 3) Titulares

La nulidad relativa puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios (art. 1684).

[29] R.D. y J., tomo 10, sec. 1ª, p. 457; tomo 19, sec. 1ª, p. 53; tomo 22, sec. 1ª, pp. 780 y 936; tomo 25, sec. 1ª, p. 390; tomo 27, sec. 1ª, p. 33; tomo 28, sec. 1ª, pp. 195, 350 y 591; tomo 29, sec. 1ª, pp. 50, 148 y 250; tomo 30, sec. 1ª, p. 413; tomo 32, sec. 1ª, p. 100; tomo 33, sec. 1ª, p. 165, y sec. 2ª, p. 65; tomo 35, sec. 1ª, p. 424; tomo 43, sec. 1ª, p. 518.

**Excepción;** si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad (art. 1684).

**4) Declaración**

Por sentencia judicial a pedimento de parte (art. 1684).

**5) Saneamiento** (arts. 1693-1697)

*a) Ratificación*

i) Confirmación o ratificación (expresa o tácita)
ii) La ratificación debe emanar de quien puede invocar la nulidad y siempre que sea capaz.

*b) Prescripción* (art. 1692).

El plazo de prescripción de la acción es de cuatro años.
Se cuenta de distinta manera, según sea la causal de que se trate:

– Fuerza: desde que ésta cesa.
– Error o dolo: desde la fecha del acto o contrato.
– Incapacidad: desde que cesa la incapacidad.

Se suspende la prescripción a favor de los herederos menores y comienza a correr el cuadrienio o su residuo, desde que hubiesen llegado a edad mayor.

– Los efectos de la nulidad absoluta y relativa

Los efectos son los mismos en ambas nulidades y se debe distinguir los efectos de la nulidad entre las partes y respecto de terceros.

– Los efectos de la nulidad entre las partes.

- Si las obligaciones del acto o contrato que se anula se encontraban pendientes, la nulidad opera como un modo de extinguir esas obligaciones (art. 1567 N° 8).

- Si las obligaciones se encontraban cumplidas, las partes son restituidas al estado anterior a la celebración del contrato, como si éste no se hubiese celebrado.

Se exceptúan de esta restitución completa al estado anterior a la contratación, los casos que siguen: el incapaz, el cual restituye sólo aquello en que se hubiese hecho más rico por el contrato; y cuando se declara la nulidad por objeto o causa ilícitos, a sabiendas. En esta última situación no hay repetición de lo que se haya dado o pagado, como una sanción al dolo con que se ha procedido al contratar (arts. 1668 y 1468 del Código Civil).

– Los efectos de la nulidad respecto de terceros (art. 1689).

La nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores (de buena o mala fe). No procede la acción reivindicatoria en ciertos casos, como por ejemplo: si el tercero adquirió el bien objeto del contrato nulo por la prescripción adquisitiva o se rescindió una compraventa de bienes raíces por lesión enorme.

## D. Inoponibilidad

### 1) Concepto

La inoponibilidad es la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico (Bastian).

### 2) Clasificación

La inoponibilidad puede ser: **de forma**, por falta de fecha cierta del acto o por omisión de formalidades de publicidad; o **de fondo**, por falta de concurrencia, por fraude, por lesión de derechos adquiridos, por lesión de asignaciones forzosas y por nulidad.

*a) Inoponibililades de forma*

- Por falta de fecha cierta.

El artículo 1703 del C.C. dispone que "la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de algunos de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que consta haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal". Sin perjuicio de lo anterior, la fecha de instrumento privado se cuenta respecto de terceros desde su protocolización con arreglo a las normas del Código Orgánico de Tribunales (art. 419 del C.O.T.).

En asuntos mercantiles, las escrituras privadas que guardan conformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos enumerados en el artículo 1703 del Código Civil. Así lo dispone el art. 127 del Código de Comercio.

- Por falta de publicidad.

Las formalidades de publicidad son aquellas destinadas a que los terceros tomen conocimiento de un acto o contrato celebrado por las partes, o de la ocurrencia de un hecho de relevancia jurídica.[30]

Su omisión acarrea como sanción civil la inoponibilidad. Por ejemplo, las contraescrituras públicas no producen efectos con respecto a terceros cuando no se halla razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado (copia) en cuya virtud ha obrado el tercero (art. 1707 inc. 2° del C.C.); o la cesión de un crédito no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada al deudor o aceptada por éste (art. 1902 C.C.); o la sentencia que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, pero no vale contra terceros sin la competente inscripción (art. 2513 del C.C.).

*b) Inoponibilidades de fondo*

- Por falta de concurrencia.

La venta de cosa ajena es válida, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo (art. 1815). El contrato de compraventa de que se trata es inoponible al verdadero dueño que no concurrió a prestar consentimiento. Lo mismo sucede en el arrendamiento de cosa ajena (art. 1916); la prenda de cosa ajena (art. 2390); el socio administrador excedido en sus facultades (art. 2079).

- Por fraude.

Es el caso del deudor que ejecuta actos en fraude de sus acreedores antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso y que son inoponibles respecto de los acreedores que ejerciten la acción pauliana civil (art. 2468).

[30] Alessandri, Somaniva y Vodanovic, op. cit., N° 1490-a, p. 354.

- Por lesión de derechos adquiridos.

  Esta situación se encuentra prevista en el artículo 1723 del Código Civil, según el cual las sustituciones del régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total, o de éste por el régimen de participación en los gananciales, no perjudicarán, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer.

- Por lesión de asignaciones forzosas.

  Se remedia esta lesión mediante el ejercicio de la acción de reforma del testamento (art. 1216).

- Por nulidad.

  Un ejemplo en este sentido es la inoponibilidad de la nulidad del contrato de sociedad por parte de los miembros de la sociedad de hecho en contra de los terceros de buena fe (C. Civil, art. 2058). Del mismo modo, la nulidad de la sociedad colectiva mercantil por falta de solemnidades en su constitución no puede alegarse contra terceros interesados en su existencia (C. de Comercio, art. 361).

### 3) Maneras de alegar la inoponibilidad

Se puede alegar como acción, como sucede con la acción pauliana o la acción de reforma del testamento, o como excepción, que será la forma más frecuente de hacer valer la inoponibilidad.

## II. Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez

### A. Ideas generales

1) La nueva visión del profesor Rodríguez Grez respecto de la ineficacia jurídica de derecho privado se funda en el examen del sistema jurídico, compuesto de un conjunto de normas generales y abstractas y de reglas particulares y concretas que integran un todo orgánicamente concebido.[31]

[31] Rodríguez Grez, Pablo, *El derecho como creación colectiva*, N° 2, p. 11, Ediciones Jurídicas Universidad del Desarrollo, 1999.

2) El orden jurídico, según este autor, es un sistema desde una triple perspectiva: su estructura orgánica (las normas y las reglas se hallan dispuestas conforme la función que a cada cual corresponde), su funcionamiento (cada norma ejecuta otra norma y produce otras normas y otras reglas), y su validez (la capacidad de obligar) depende de la pertenencia de la norma o la regla al ordenamiento jurídico.[32]

3) El orden normativo se asienta en una estructura escalonada, donde la norma superior determina el contenido material de la norma inferior (lo cual equivale a desarrollar los principios y valores que se contienen en ella), y fija el procedimiento por medio del cual la norma inferior se integra al ordenamiento jurídico.[33]

4) Las normas cumplen una doble función: tanto de ejecución como de producción. Las leyes ordinarias ejecutan lo dispuesto en la Constitución y producen los reglamentos. Los reglamentos ejecutan las leyes ordinarias y producen los comportamientos conforme a ellos, esto es, las reglas.[34] A su vez, las reglas se limitan a ejecutar la norma de rango superior.

5) El ordenamiento jurídico reconoce cinco poderes (o potestades) instituto-res del derecho: el Poder Constituyente, el Poder Legislativo, la Potestad Reglamentaria, la Jurisdicción y la Autonomía Privada. A través de estas cinco potestades se desenvuelve y desarrolla el sistema normativo cuyo fin último es prescribir conductas humanas por medio de reglas particulares que afectan individualmente a cada uno de los integrantes de la sociedad civil.[35]

   Del proceso indicado, se infiere que las normas, atendida su generalidad y abstracción, desempeñan una función referencia, virtual o indicativa[36] y la regla, fundada en la norma superior, concreta el mandato general y abstracto, en un mandato relativo y específico al caso particular.

6) Cumplidos los elementos materiales y formales de la norma de rango superior, las normas inferiores y las reglas obligan. Si el comportamiento exigido no se realiza, el Estado, que detenta el monopolio de la fuerza, la pone a disposición de su cumplimiento forzoso, que puede desplegarse

[32] Op. cit., p. 11.
[33] Op. cit., p. 16.
[34] Op. cit., pp. 16-18.
[35] Op. cit., p. 32.
[36] Op. cit., N° 19, p. 43.

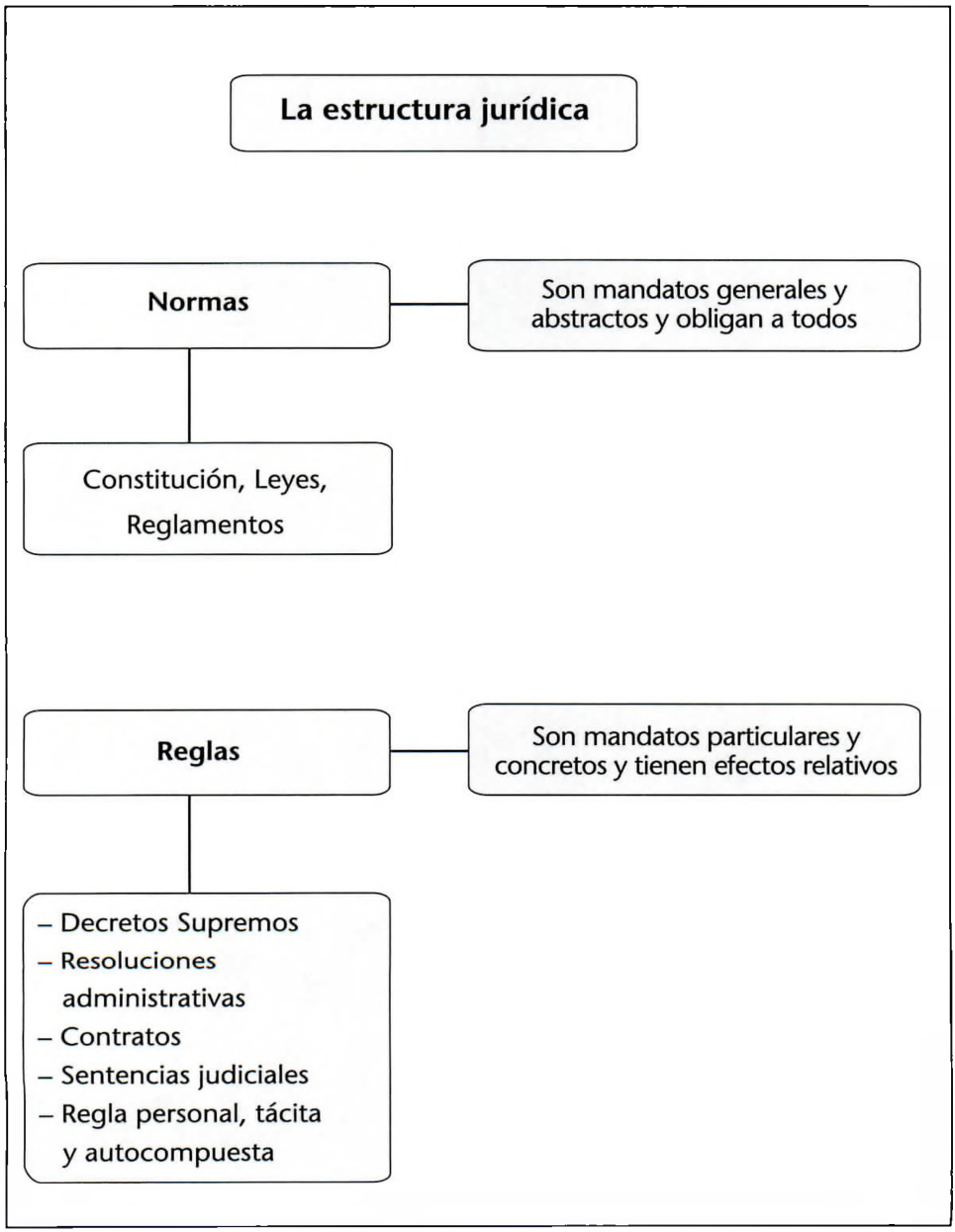
para imponer la conducta debida compulsivamente o para imponer una conducta de reemplazo (sanción), que corresponderá a un cumplimiento por equivalencia, llamado a restaurar el orden establecido.[37]

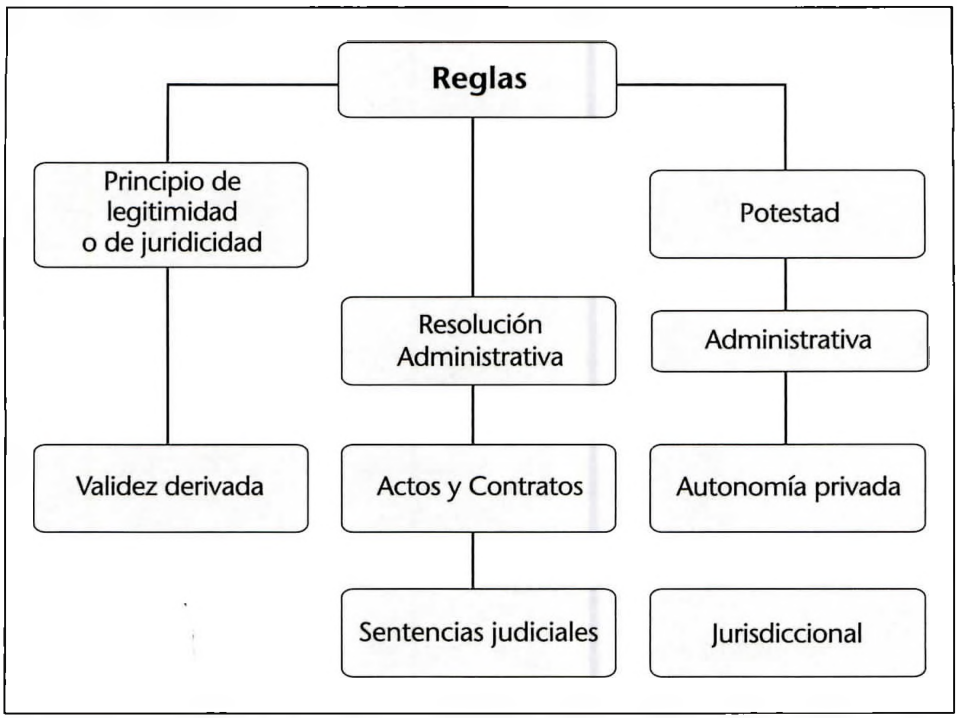
7) En el evento que no se satisfagan los elementos formales y materiales de la norma superior, el sistema normativo prevé la forma en que deben eliminarse del mismo aquellas normas o reglas en que se contravenga el mandato de una norma superior. Respecto de cada una de las prescripciones que se contienen en él, existe un órgano llamado a excluir del sistema a aquella disposición (norma o regla) que se integre o se pretenda integrar al ordenamiento, ya sea contraviniendo los principios (oposición material) o los requisitos o presupuestos procesales instituidos para su incorporación al ordenamiento (oposición formal). Tal función corresponde al Tribunal Constitucional tratándose de las materias señaladas en los números 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10 y 16 del artículo 93 de la Constitución Política de la República; a la Contraloría General de la República tratándose de la legalidad de un decreto supremo; a los tribunales superiores de justicia tratándose de una sentencia pronunciada por un tribunal inferior; y a estos tratándose de un contrato, una convención o un acto jurídico unilateral.[38]

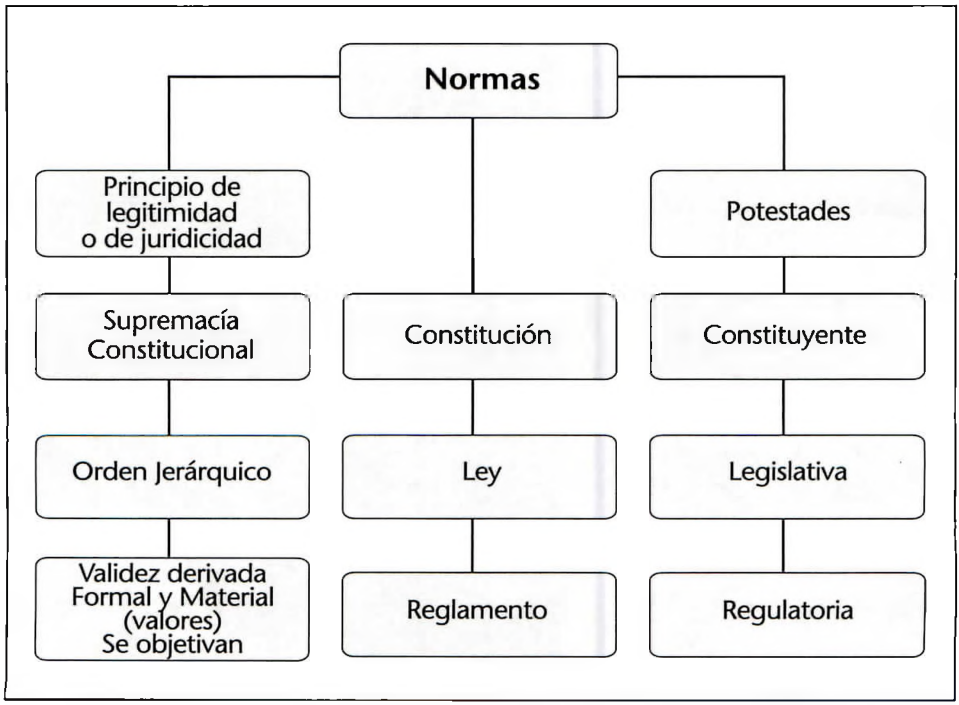
8) Finalmente, se debe señalar que la concreción regulatoria puede ser de dos clases: formal, cuando surge una regla positiva que se inserta en el ordenamiento jurídico objetivo, como sucede con los decretos supremos, las resoluciones administrativas, las sentencias judiciales o los actos o convenciones; y la informal, cuando el sujeto cumple espontáneamente el mandato normativo, para cuyos efectos elabora una regla personal, tácita y autocompuesta.[39] Es personal porque emana del individuo; tácita, porque se traduce en el cumplimiento voluntario de la obligación (cualquiera que sea su fuente: contractual, cuasicontractual, delictual, cuasidelictual o legal), y es autocompuesta porque la elabora la persona por sí misma utilizando los elementos formales y materiales de la norma superior. Esta regla puede ser impugnada por los terceros o quedar firme si no se la impugna.

[37] Op. cit., p. 13.
[38] Op. cit., pp. 54 y 55.
[39] Op. cit., p. 223.

## Gráficos acerca de la estructura jurídica: las normas y las reglas, los principios y las potestades




Reglas
Principio de legitimidad o de juridicidad
Resolución Administrativa
Potestad
Administrativa
Validez derivada
Actos y Contratos
Autonomía privada
Sentencias judiciales
Jurisdiccional


Normas
Principio de legitimidad o de juridicidad
Supremacía Constitucional
Orden Jerárquico
Validez derivada Formal y Material (valores) Se objetivan
Constitución
Ley
Reglamento
Potestades
Constituyente
Legislativa
Regulatoria

## B. El acto jurídico

### 1) Concepto

En el nuevo enfoque de la ineficacia jurídica, resulta una distinta definición del acto jurídico.

Se le define como una regla jurídica de efectos relativos, creada voluntariamente por quien o quienes concurren a su gestación, y que tiene por objeto crear una nueva situación intersubjetíva, la cual resulta de la creación, modificación o extinción de los derechos comprometidos,[40] que se inserta en el ordenamiento jurídico por el cumplimiento de los elementos formales y materiales de la norma fundante de rango superior.

### 2) Elementos

#### *a) Es una regla jurídica de efectos relativos*[41]

Esto significa que las partes quedan vinculadas por los derechos y obligaciones. Así aparece con toda claridad en los contratos, materia en la cual el artículo 1545 del Código Civil dice que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y el artículo 1546 agrega que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que obligan (a los contratantes) en toda la extensión que dicha disposición establece. Y más ampliamente, el artículo 1445 señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad debe cumplir los requisitos que allí se establecen.

Los terceros quedan obligados genéricamente a reconocer la regla, compuesta de las partes, el contenido y sus estipulaciones.

#### *b) Manifestación de voluntad de la parte o partes que crean el acto jurídico*[42]

Se deben observar a estos respectos los elementos esenciales del acto jurídico, que el Código Civil, a propósito de los contratos, dice que son aquellos sin los cuales el contrato o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente (art. 1444).

[40] Rodríguez Grez, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, p. 109, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
[41] Op. cit., p. 110.
[42] Op. cit., p. 110.

Asimismo, han de cumplirse las exigencias del artículo 1445 del mismo Código, esto es, la capacidad legal, el consentimiento exento de vicios y la concurrencia de objeto y causa lícitos.

Finalmente, el acto no debe vulnerar una norma superior que califique ficta-mente el acto como inexistente, o lo prive *ab-initio* de todo efecto.

*c) Intención de generar una nueva situación intersubjetiva*[43]

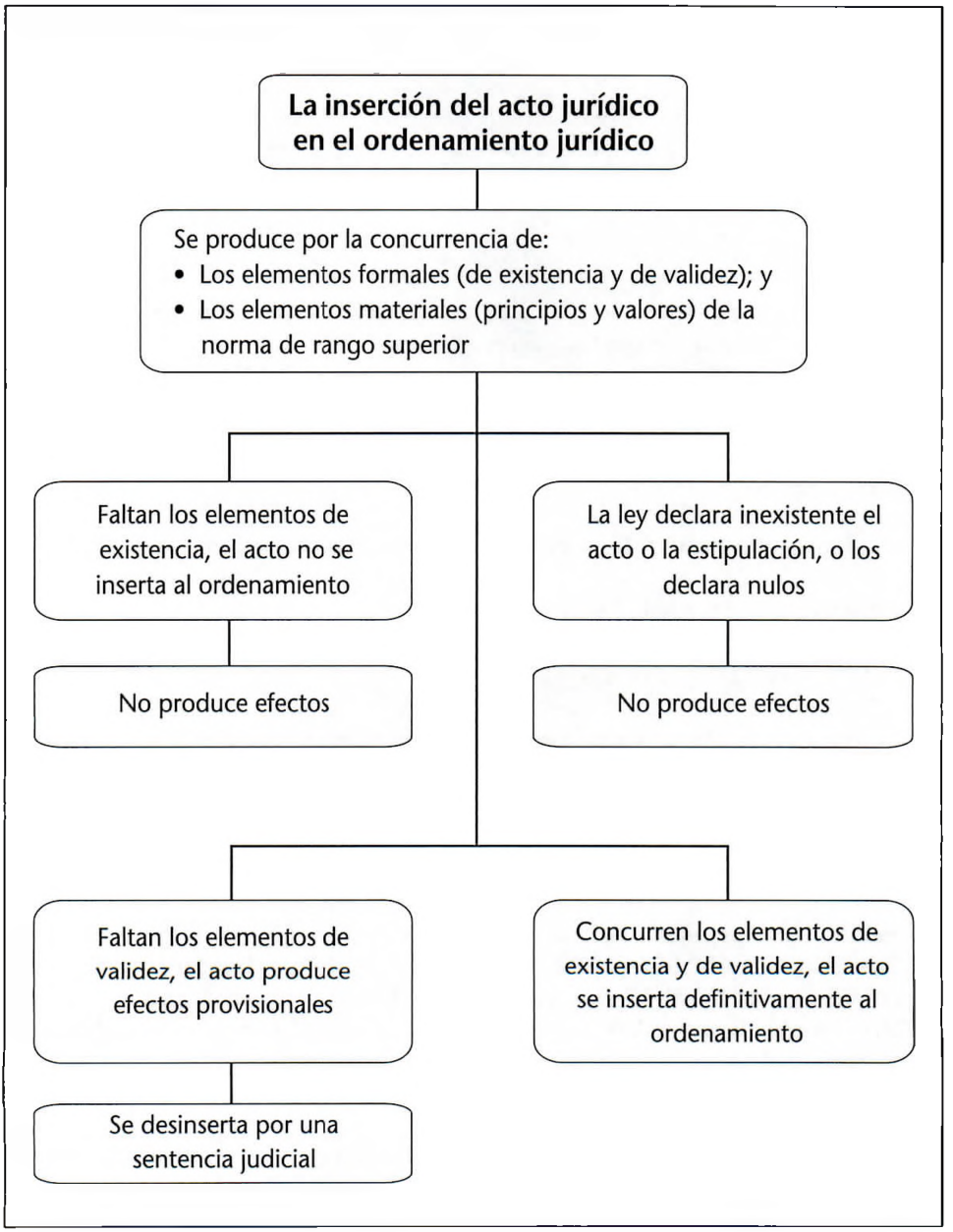
Ese móvil se cumplirá a consecuencia de la correlación de derechos y obliga-ciones comprometidos. Por ejemplo, de la celebración de una compraventa nacerán para el vendedor las obligaciones de recibir el precio, de entregar y hacer tradición de la cosa vendida y de responder del saneamiento en con-formidad a la ley; y para el comprador los deberes de pagar el precio y recibir la cosa. De esta manera, lo que es derecho para una parte es obligación para la otra, y se forma una nueva situación entre los intervinientes que los coloca como acreedores y deudores recíprocos, lo que no existía entre ellos antes del acto jurídico.

*d) Perfeccionado el acto jurídico, éste se integra al ordenamiento jurídico*[44]

El acto jurídico, concebido como una regla, se inserta al ordenamiento jurídico siempre que cumpla el modo y los requisitos previstos por la norma superior para su perfeccionamiento (validez derivada, formal y material). Y a la vez incorpora las leyes vigentes (el ordenamiento) al momento de perfeccionarse, como lo establece el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

[43] Op. cit., p. 111.
[44] Op. cit., p. 111.

Se puede graficar la inserción del acto jurídico en el ordenamiento de la manera siguiente:



## C. La inexistencia y la teoría bimembre de la nulidad

### *La inexistencia*

### 1) Concepto

La inexistencia es una consecuencia negativa de la falta de los elementos esenciales instituidos por la ley para que el negocio jurídico surja a la vida del derecho.

### 2) Causales

Son causales de inexistencia la falta de: la voluntad o consentimiento, el objeto, la causa o la solemnidad del acto o contrato.

### 3) La inexistencia y los efectos

El acto inexistente no produce efectos jurídicos.

Sin embargo, se pueden producir consecuencias jurídicas, en razón de:

a) Los efectos autárquicos, o

b) Por una apariencia calificada por la ley.[45]

***a) Los efectos autárquicos*** son aquellos que sobrevienen por sí solos e independientemente de cada elemento concurrente y que provocan alteraciones de hecho.

Por ejemplo, una compraventa de un bien raíz otorgada por escritura privada. Esta clase de contrato es solemne, porque está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (art. 1443); el artículo 1801, inciso 2°, establece que la venta de los bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley mientras no se ha otorgado escritura pública; y el artículo 1701 dispone que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados.

Si en la compraventa de bienes raíces otorgada por escritura privada no se paga el precio ni se entrega la cosa, no hay ningún efecto jurídico.

[45] Rodríguez Grez, Pablo, op. cit., pp. 60 y 100.

En el supuesto que se pague el precio y se entregue la cosa, estos no son efectos del contrato (que es inexistente), sino una alteración de la realidad con ocasión de la falsa percepción de quienes intervinieron en el acto o contrato inexistente. Las restituciones recíprocas procederán por aplicación del enriquecimiento sin causa.

Es más, la entrega material del bien raíz no servirá para hacer la tradición al comprador, porque el artículo 686 del C.C. dice que se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. A su turno, el art. 52 N° 1 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces señala que deberán inscribirse los títulos translaticios de dominio de los bienes raíces, y los artículos 57 y 62 del mismo Registro exigen copia auténtica del título respectivo y no admitirá el Conservador como auténtica sino copia autorizada, con las solemnidades legales, por el competente funcionario. De este modo, no hay posibilidad de incluir el inmueble en el régimen de la posesión inscrita, y si el bien raíz estaba antes inscrito, el comprador no puede invocar la venta como título posesorio ni está en condiciones de prescribir en contra del poseedor inscrito en conformidad con el artículo 2505 del Código Civil.

Podría sostenerse en contrario que, en el caso en examen, la sanción es la nulidad absoluta al tenor del artículo 1682 del Código Civil. Sin embargo, si así fuera, habría que admitir que el acto se sanearía en diez años (art. 1683), transcurridos los cuales podría invocarse la compraventa otorgada por escritura privada para hacer la tradición, lo cual no es posible por las normas del Registro Conservatorio. Ello demuestra que opera la inexistencia y no la nulidad absoluta. Así lo confirma, por lo demás, la dictación del Decreto Ley N° 2.695, de 1979, que "Fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella", cuyo objeto fue "regularizar la situación del poseedor material que carece de títulos o que los tiene imperfectos", a quien "la legislación vigente sobre la materia no ha permitido dar solución eficaz al problema".[46]

*b) La apariencia calificada por la ley*

La inexistencia produce efectos limitados en los caso de una "apariencia" calificada por la ley.

Son casos excepcionales en que el acto aparece revestido de objetividad. En tales situaciones la ley le asigna efectos limitados para proteger a terceros de

[46] Considerandos 2° y 3° del D.L. 2.695 de 1979.

buena fe. Así sucede, por ejemplo, en la simulación absoluta, que entre las partes el acto ostensible no existe, pero que para los terceros de buena fe se reputa existente.[47]

### 4) Caracteres de la inexistencia

a) La inexistencia es una consecuencia negativa que forma parte de la realidad y es extrajurídica.[48]
b) La inexistencia no se sanea en forma alguna.[49]
c) El acto inexistente no se inserta en el ordenamiento jurídico y carece de validez provisional o presuntiva.[50]
d) La inexistencia no impide que los elementos concurrentes al acto jurídico inexistente o la apariencia calificada por el legislador generen ciertos efectos jurídicos.[51]
e) Del acto inexistente no nacen derechos y obligaciones.[52]
f) No requiere de declaración judicial. En caso de conflicto o por razones de mera certeza, el juez la constata.[53]

## La teoría bimembre de la nulidad

Postula la existencia de dos clases de nulidad: 1) Nulidad efecto u originaria, que se divide en nulidad radical y nulidad textual; y 2) Nulidad virtual, tácita o indirecta, que comprende las nulidades absoluta y relativa.

### 1) Nulidad efecto u originaria

#### *a) Concepto*

La nulidad originaria consiste en la privación o exclusión de todo efecto jurídico, provisional o definitivo, dispuesta en la ley respecto de ciertos actos señalados en forma expresa y específicamente en ella.[54]

[47] Se trata de una verdadera inoponibilidad por simulación. Acerca de la simulación, véanse: Ferrada, Francesco, *Simulación de los Negocios Jurídicos*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002; Diez Duarte, Raúl, *La Simulación del Contrato en el Código Civil Chileno*, Fallos del Mes, segunda edición, 1982; Paillás, Enrique, *La Simulación en Derecho Privado*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2003; Alcalde Rodríguez, Enrique, "La simulación y los terceros, consideraciones civiles y penales". Revista Chilena de Derecho. Vol. 27 N° 2, págs. 265 a 289, 2000, Sección Estudios; y Santa Cruz Serrano, Víctor, "El Instrumento Público", R.D.J., tomo 38 marzo a diciembre, 1941, págs. 142 y ss. Y tomo 39, marzo a abril, 1942, pp. 5 y ss. Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 64. Ob. cit., pág. 60.
[48] Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 99.
[49] Op. cit., p. 61.
[50] Op. cit., pp. 60-61.
[51] Op. cit., p. 60.
[52] Op. cit., p. 64.
[53] Op. cit., p. 58.
[54] Op. cit., p. 126.

### *b) Clases de nulidad originaria*

Se divide en nulidad radical y textual.

*b.1) Nulidad radical*

- Concepto
  En la nulidad radical la ley dispone que el negocio que se ha perfeccionado, porque concurren todos los elementos esenciales, debe considerarse como inexistente, como no celebrado, como no escrito.[55]

- Caracteres.

– En la nulidad radical, el legislador elimina el acto existente a través de una ficción.

– Esa eliminación del acto produce efectos absolutos y el acto no genera consecuencias desde sus inicios.

– La declaración del legislador de eliminar el acto hace innecesaria la declaración de nulidad por el juez. En caso de conflicto o por razones de mera certeza, el juez se limitará a constatar la nulidad radical.[56]

- Casos de nulidad radical.
  Sucesión por causa de muerte.

– El testamento es un acto esencialmente revocable en cuanto a la disposición de bienes (art. 999).

– Cualquier limitación a la revocabilidad se mira como no escrita (art. 1001).

– La asignación testamentaria fundada en un error de hecho determinante en ella se tendrá por no escrita (art. 1058).

– Las asignaciones testamentarias condicionales, que consisten en que el heredero o legatario no contraiga matrimonio (salvo que se limite a no contraerlo antes de los dieciocho años o menos) (art. 1074), o de permanecer en estado de viudedad (a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio) (art. 1075), se tendrán por no escritas o no puestas, respectivamente.

[55] Op. cit., p. 129.
[56] En esta materia el juez tiene una función similar a la que desempeña respecto de la condición resolutoria ordinaria (art. 1479 C.C.).

- Los legados.

– El legado con cláusula de no enajenar que no compromete derechos de terceros, se tiene por no escrita (art. 1126). Lo mismo sucede si el testador manda pagar lo que cree deber y no debe (art. 1132, inciso 1°).

- Tutores y curadores.

– La cuenta que debe rendir el tutor o curador es esencial. Si el testador le ha exonerado anticipadamente el saldo; y aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador, y aunque se le dejen bajo la condición precisa de no exigir la cuenta o el saldo, semejante condición se mirará como no escrita (art. 415).

- Obligaciones condicionales.

– Las condiciones resolutorias, físicas o moralmente imposibles o ininteligibles, se tienen por no escritas (art. 1480).

- Contratos.

– Lesión enorme.

– Si se expresa la intención de donar el exceso, esa declaración se tendrá por no escrita (art. 1892).

- Contratos solemnes.

– Si se promete reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno.

*b.2) La nulidad textual*

- Concepto.
  En la nulidad textual se trata de actos en los que pueden concurrir o no vicios de nulidad, pero es la ley la que declara imperativamente la nulidad.[57]

- Caracteres
– La ley se encarga de declarar la nulidad, cuya fuente genérica es el artículo 11 del Código Civil, según el cual: "Cuando la ley declara nulo algún acto,

[57] Op. cit., p. 136.

con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley".

El juez no declara la nulidad, sino que se limita a constatarla.

- El acto no produce efectos *ab-initio*.
- Esta clase de nulidad no se sanea.[58]

• Casos de nulidad textual.

• Sucesión por causa de muerte.

- Será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona (art. 966).

- El legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, es nulo, salvas las excepciones legales (art. 1107).

• Compraventa:

- Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad (art. 1796).

- El art. 1811 permite la venta de todos los bienes de una persona o de una cuota de ellos siempre que se especifiquen por escritura pública. Si se estipula que los bienes no especificados forman parte de la venta, esa estipulación es nula.

• Obligaciones:

- Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que le obliga (art. 1478).

• Semejanzas entre las nulidades originarias y la nulidad de derecho público.

- En el derecho público existen opiniones encontradas acerca de la nulidad.

[58] Op. cit., pp. 123 y 124.

- Reyes Riveros[59] plantea tres puntos fundamentales: a) El principio de conservación de los actos y contratos administrativos; b) la independencia de la nulidad de derecho público respecto de la nulidad de derecho privado, y c) diversas posibilidades de sanción frente a transgresiones del principio de juridicidad en los actos administrativos.

a) El principio de conservación

Este principio se manifiesta, siguiendo a los tratadistas españoles, en el mantenimiento de aquellos actos administrativos irregulares que pueden alcanzar el fin propuesto sin mermas a las libertades y derechos de los particulares. Tales irregularidades pueden ser remediadas por la convalidación, conversión o nulidad parcial del acto administrativo.

b) La independencia de la nulidad de derecho público de la nulidad de derecho privado.

El profesor Reyes Riveros sostiene que la separación entre ambas nulidades obedece a que los actos administrativos son obligatorios y gozan de ejecutoriedad por mandato constitucional y legal, por emanar de autoridades a quienes la Carta Política atribuye el ejercicio de la soberanía. Ello difiere de los actos de los particulares regidos por el ordenamiento civil.

c) Posibilidades de sanción frente a transgresiones del principio de juridicidad en los actos administrativos

c.1) Reconoce, el autor citado, como discutible la inexistencia.

c.2) Acerca de la nulidad de pleno derecho, estima que solo procede en los casos de vicios groseros que determina la ley, como en los actos provenientes de órganos manifiestamente incompetentes, o respecto de actos de objeto imposible o delictual, o cuando se prescinde total y absolutamente del procedimiento legal o de las normas esenciales para la formación del consentimiento.

En los casos mencionados, no es procedente la conversión ni la convalidación del acto administrativo. El juez puede declarar de oficio la nulidad, sin que sea obstáculo para ello la prescripción. Asimismo, puede declararla la Administración. Los efectos de la nulidad se retrotraen al momento de perfeccionarse el acto nulo (*ex tunc*).

[59] Reyes Riveros, Jorge, *Invalidación de Actos Administrativos*, pp. 90 y ss., LexisNexis ConoSur, 2002.

c.3) La anulabilidad.

Es la nulidad que constituye la regla general frente a los vicios del acto, esto es, para todas aquellas causales que no dan lugar a nulidad de pleno derecho o no consistan en irregularidades no invalidantes.

En lo que a esta nulidad concierne, puede tener lugar tanto la figura jurídica de la conversión como la de convalidación del acto viciado y aun la incomunicabilidad de la parte viciada a otras sanas del mismo acto. La acción para solicitarla es prescriptible y el juez solo puede declararla a instancia de parte, sin perjuicio de que la propia Administración, de oficio o a petición de parte, pueda también invalidar el acto. Los efectos de la declaración de nulidad se originan a partir de su declaración (*ex nunc*).

c.4) Irregularidades no invalidantes.

Hay ciertos vicios que no dan lugar a la anulabilidad por tratarse de defectos de menor entidad, como serían irregularidades de forma que no priven al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin ni originen la indefensión de los interesados. En este acto, habrá un acto irregular pero válido.

También puede darse en los casos en que lo procedente frente al vicio es una distinta sanción a la anulabilidad, como ocurre en la situación de actuaciones administrativas realizadas fuera de plazo en que se persigue la responsabilidad de los infractores, pero no la validez de la actuación.

El profesor Soto Kloss[60] expresa:

Desligándose de toda percepción civilista, que nada tiene que hacer aquí, ha de decirse que si todo acto que contraviene, infringe o vulnera la sujeción integral de los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella es nulo, ello significa una serie de consecuencias directamente derivadas todas de esta disposición fundamental, a saber:

[60] Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Tomo II, El principio de juridicidad, pp. 172 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1996. Su pensamiento encuentra fundamento en el "Voto particular" de Mariano Egaña presentado el 12 de mayo de 1832 como Proyecto de Reforma de la Constitución de 1828 a la Gran Convención, de la cual salió la Carta de 1833. Cfr. Corte Suprema, 26 de junio de 2008, Considerandos duodécimo , decimotercero y decimoquinto. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los ministros señores Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, señora Sonia Araneda y el abogado integrante señor Oscar Herrera. Cita: rol 1672-07, MJJ17763.Producto Microjuris.

1. se trata de una nulidad ipso iure
2. insanable, por tanto; y, además,
3. imprescriptible.

La nulidad opera ipso iure y el juez sólo la reconoce.

Atendido lo expuesto precedentemente, es posible apreciar las semejanzas entre la nulidad de derecho público y las nulidades originarias de derecho privado.

| Nulidad de derecho público | Nulidades originarias |
|---|---|
| - Opera ipso iure y vela por el respeto de la supremacía constitucional.<br>- Es insanable, y<br>- Es imprescriptible. | - Operan de pleno derecho y velan por el principio de juridicidad.<br>- Es insanable porque el acto no se inserta en el ordenamiento por disposición de la ley, y<br>- Es imprescriptible. |

**2) La nulidad sanción o nulidades virtuales**

*Concepto*

Es una sanción civil que consiste en privar, total o parcialmente, de validez provisional a un acto jurídico, o bien en atribuirle efectos diversos de los queridos por las partes, deslegitimando las situaciones jurídicas forjadas a su amparo, en la forma prevista y sin perjuicio de las excepciones legales.[61]

*Clases de nulidades virtuales: nulidad absoluta y nulidad relativa*

La nulidad absoluta del acto o contrato opera por la falta de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie. Y la nulidad relativa obedece a la omisión de tales requisitos de validez, establecidos en consideración al estado o calidad de las partes (art. 1681 C.C.).

*Vicios*

Los vicios que dan origen a las nulidades virtuales obedecen a la carencia de algunos de los requisitos establecidos en la ley para el "valor del mismo acto o contrato" (art. 1681) y no a la falta de los requisitos de existencia de los mismos.

[61] Rodríguez Grez, Pablo, op. cit., p. 124.

*Caracteres*

- El acto existe y tiene valor provisional.

- Produce todos sus efectos desde su perfeccionamiento hasta la declaración judicial de la nulidad.

- Esta clase de nulidad virtual se sanea por ratificación o prescripción si es nulidad relativa, o solo por la prescripción si es nulidad absoluta.

***Efectos de las nulidades virtuales: liberadores, deslegitimadores y sustitutivos***[62]

*a) Liberadores o liberatorios entre las partes*

La nulidad desata o desliga a las partes afectadas por el acto (1567 N° 8°-1687 del C.C.).

*b) Deslegitimadores*

Desprotege las situaciones jurídicas creadas o forjadas al amparo de los efectos del acto.

Alcanza a los autores, causahabientes y terceros.

Es temporal. Por ejemplo: puede operar la prescripción adquisitiva de la cosa a favor del tercero adquirente de ella; o la prescripción entre las partes, si no se reclama por una de ellas o ambas, la restitución de las cosas entregadas o pagadas en virtud del contrato nulo dentro de los plazos de prescripción.

*c) El efecto sustitutivo*

Priva al acto de los efectos queridos por las partes y le asigna la ley efectos diversos.

La ley, en ciertos casos, atenúa el efecto liberador de la nulidad entre las partes.

- Por ejemplo: el art. 1688 dispone que el incapaz restituye solo aquello en que se hubiere hecho más rico.

[62] Op. cit., pp. 118 y ss.

- El art. 1468 prescribe que no se podrá repetir lo que se haya dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitos a sabiendas.

- El art. 1701, en su inciso 2°, señala que fuera de los casos señalados en el inciso 1° del mismo artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

  El art. 8° de la Ley 18.010 ordena reducir todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, al interés corriente que rija al momento de la convención.

- El efecto liberador es atemporal y se produce por el solo ministerio de la ley con la declaración de nulidad.

***Interversión de la nulidad***

*a) Inexistencia propia:* se trata de actos jurídicos incompletos o meramente tentados, reconocidos como tales.

- Art. 1809, si no se cumplen los procedimientos para la fijación del precio en la compraventa, no habrá venta.

- Art. 2055, no hay sociedad sin aportes o participación de beneficios.

*b) Inexistencia propia transformada en nulidad textual.*

- Art. 1998. Confección de obra material si se faculta a un tercero para fijar el precio y este muere antes de ejecutarse la obra, será nulo el contrato.

- Art. 2455. Es nula la transacción si al celebrarse estaba terminado el litigio por sentencia ejecutoriada.

*c) Nulidad virtual a radical.*

- Art. 1058. La asignación testamentaria que fuere motivada por un error de hecho, que sin él no se hubiese efectuado, se tendrá por no escrita.

- Art. 1480, inc. 4°. La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita.

*d) Nulidad virtual a textual*

- Art. 966, nulidad de la disposición a favor del incapaz aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de personas.

- Art. 1811. La venta de todos lo bienes de una persona o de una cuota de ellos sin especificarlos es nula; aunque se estipule que los bienes no especificados están comprendidos en la venta. Esa estipulación es nula.

*e) Acto nulo a válido*

- Art. 1701. Fuera de los casos del inciso 1°, el instrumento defectuoso por incompetencia del notario u otro defecto de forma, vale como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

***Síntesis de la teoría bimembre de la nulidad de derecho privado***

*A. Nulidades originarias*

1. El acto jurídico no se incorpora al ordenamiento normativo por disposición de una norma expresa.

2. El acto jurídico no produce efecto alguno *ab-initio*.

3. El acto jurídico no está dotado de validez "presuntiva o provisional".

4. No se requiere de sentencia judicial, debiendo el juez "constatar" la nulidad, no declararla.

5. Estas nulidades no se sanean jamás.

6. Pueden ser RADICALES (inexistencia impropia) o TEXTUALES (la nulidad es declarada por la ley).

   i) RADICALES. La ley presume que el acto jurídico NO EXISTE (es la más drástica consecuencia jurídica);

   ii) TEXTUALES. Una norma expresa priva al acto jurídico de todo efecto *ab-initio* (el acto existe, pero no genera consecuencia ninguna).

7. Son nulidades EFECTO.

*B. Nulidades virtuales*

1. El acto jurídico se inserta (incorpora) en el ordenamiento normativo.

2. El acto jurídico carece de algún requisito dispuesto en la ley para su validez.

3. El acto jurídico está dotado de validez "presuntiva o provisional", la cual será definida cuando, por el transcurso del tiempo, se extingan las acciones de nulidad (10 años o 4 años).

4. La validez "presuntiva o provisional" cesa por virtud de una sentencia judicial.

5. Todas estas nulidades se sanean por el transcurso del tiempo.

6. Pueden ser ABSOLUTAS (establecidas en beneficio de la moral y de la ley) o RELATIVAS (establecidas en beneficio de ciertas personas).

7. Son nulidades SANCIÓN.

**PARALELO**

1. La nulidad originaria excluye la inserción del acto en el ordenamiento normativo, por consiguiente, no produce el acto efecto alguno, porque la validez jurídica es DERIVADA.

   La nulidad virtual no impide que el acto jurídico se inserte en el ordenamiento normativo, por consiguiente, el acto produce efectos desde su perfeccionamiento.

2. El juez "constata" la nulidad originaria, no la declara (puede oponerse como excepción o hacerla valer a través de una acción de mera certeza).

   El juez debe "declarar" la nulidad virtual por sentencia judicial con la que pone fin a la validez "presuntiva o provisional", la cual se extiende desde el perfeccionamiento del acto hasta la declaración de nulidad.

3. La nulidad originaria es DECLARADA por la ley (artículo 11 del Código Civil) y no requiere perjuicio alguno.

   La nulidad virtual supone la ausencia de requisitos legales (artículo 1682 del Código Civil) y requiere perjuicio (representado por el interés en la nulidad absoluta y la titularidad legal de la acción de nulidad relativa).

4. La nulidad originaria excluye *ab-initio* todo efecto y la situación regulada por el acto es meramente de hecho.

   La nulidad virtual, una vez declarada, produce un efecto "liberador" (atemporal), "deslegitimador" (temporal), y en casos de excepción, "sustitutivo" (la doctrina lo llama conversión del acto nulo).

5. El acto jurídico afectado por una nulidad originaria no se sanea jamás, no puede incorporarse al ordenamiento en caso alguno, y quien sostiene su validez alega desconocimiento del derecho.

   El acto jurídico afectado de nulidad virtual se sanea por el transcurso del tiempo, se incorpora al ordenamiento normativo y debe ser excluido del mismo por medio de una sentencia judicial, y quien sostiene su validez no alega desconocimiento del derecho.

6. Las nulidades originarias representan casos de alto significado axiológico, se trata de actos que afectan valores trascendentales.

   Las nulidades virtuales representan valores de menor jerarquía.

7. Las nulidades originarias requieren de una norma EXPRESA que las declare (sea privando de efecto o bien negando su existencia).

   La nulidad virtual resulta de la relación entre un requisito y la norma que sanciona su ausencia.

8. La nulidad originaria está reconocida en el artículo 11 del Código Civil. La nulidad virtual en los artículos 1681 y siguientes del Código Civil.

9. La nulidad originaria no genera responsabilidad alguna (ni precontractual, ni extracontractual, ni por abuso del derecho).

   La nulidad virtual, en ciertos casos, genera responsabilidad civil.

10. La nulidad originaria rompe el principio de pasividad del juez (*iura novit curia*). El juez siempre debe aplicar la ley.

    La nulidad virtual reconoce el principio de pasividad del juez, salvo tratándose de la nulidad absoluta cuando la nulidad "aparece de manifiesto" en el acto o contrato.

## Conclusión

El nuevo enfoque que el profesor Rodríguez Grez da a la ineficacia de derecho privado demuestra que es posible la renovación y progreso del derecho mediante la interpretación jurídica sin necesidad de modificar los textos normativos y, además, por esa vía precaver fraudes o de proveer a objetos de conveniencia pública o privada mediante el respeto del tenor y espíritu de la ley.

# Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas

**Jorge Andrés Femenias Salas***
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

*"Lo más íntimo de esta vida, es la lucha de la Ley y del Hecho,*
*La Ley busca detener el Hecho y el Hecho huir de la Ley"*[1]

Francesco Carnelutti

## Exordio

El tema que hemos escogido como objeto de este trabajo presenta –a nuestro juicio– un doble interés. Tanto por tratarse de una materia poco desarrollada en los análisis sobre "Ciencia Jurídica",[2] cuanto por referirse a un elemento esencial en la teoría de la norma jurídica, y en la teoría de la hermenéutica legal, herramientas primordiales para el desarrollo de la labor del jurista.[3]

En atención a lo anterior es que nuestro propósito es más bien modesto. Pretendemos circundar la cuestión del "hecho jurídico", su aparición e importancia en el estudio de la metaciencia denominada "Ciencia del Derecho", en sus aspectos más esenciales y primordiales, sin perjuicio de abordar algunas cuestiones más propias de las diversas especialidades de la dogmática jurídica, como lo es la distinción entre "La cuestión de hecho y la cuestión de derecho".

Luego, pretendemos comprobar cómo la labor del intérprete –esto es, el aplicador práctico de las normas, llámese juez o jurista– es desarrollada bajo la

* Doctorando en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Becario de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (Conicyt) para cursar estudios de Doctorado en Chile.

1 CARNELUTTI (1948) p. 36.
2 CARNELUTTI (1948) p. 45.
3 CALVO (1996) p. 137.

actividad que ha sido enunciada como "el ir y venir de la mirada",[4] de manera tal, que en el proceso de adecuación del "hecho bruto"[5] al presupuesto de hecho de la norma (o hecho enunciado),[6] el intérprete fijará su mirada indistintamente en el hecho fáctico y en el presupuesto de hecho ya valorado por la norma (en cuanto forma representativa).[7]

Y esto, que parece una compleja entelequia jurídica, resultará gravitante, por cuanto entendemos que en dicho proceso el juez –o el jurista– ya habrá orientado su pensamiento a valores jurídicos, y en consecuencia habrá "normativizado" los hechos, transformándolos en una cuestión de derecho según su propia percepción, y en cierta medida prejuzgando el asunto sometido a su decisión.

Razonando en clave sencilla, intentamos ofrecer una panorámica general de la teoría del hecho jurídico, destacando la importancia que reviste su estudio para efectos de apreciar la labor del sentenciador en la resolución de los conflictos de relevancia jurídica que son sometidos a su conocimiento, y del jurista en cuanto estudioso del derecho.

## Plan de trabajo

Para cumplir con nuestro cometido, hemos estructurado el trabajo de la siguiente manera: en primer lugar desarrollaremos un acápite que proporciona nociones relativas a la aparición del hecho jurídico, la determinación de cuáles hechos revisten este carácter y cuáles son los que realmente interesan al juez y al jurista.

Posteriormente, se analiza el concepto de hecho jurídico, su naturaleza en cuanto hecho fáctico normativizado, y en consecuencia la indisoluble relación entre hecho y norma jurídica.

A continuación, se analiza el procedimiento en que el hecho, físicamente entendido, se adecua a la realidad normativa, y pasa a ser un elemento de la norma –en tanto forma representativa– mediante una crítica al procedimiento en que tradicionalmente se ha entendido opera este mecanismo, refiriéndonos a esto como *"la caída del paradigma de la subsunción"*.

[4] LARENZ (2001) p. 275, citando la frase del célebre jurista alemán ENGISCH.
[5] LARENZ (2001) p. 273.
[6] Con lo cual no queremos decir necesariamente operación de subsunción.
[7] BETTI (2006) p. 28.

Finalizamos nuestro estudio mediante el análisis de la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, en cuanto nos permite exponer la tesis relativa a que el hecho bruto ya ha sido valorado por el jurista una vez que ha sido presentado para su conocimiento, haciendo que esta distinción sea en sí misma un esfuerzo más bien de carácter artificial.

Al término del trabajo, se ofrecen las conclusiones que destacan las ideas que juzgamos son principales y más gravitantes, y que han sido desarrolladas a lo largo del trabajo.

## I. Aproximación al hecho jurídico

### a. Nociones generales

La aparición del hecho, entendido este fenoménicamente, es una cuestión relativamente fácil de precisar. El hecho está delante del ser humano, proviene de la realidad misma, es una categoría física, empírica. Hay hechos sucediendo constantemente, presentándose al hombre incluso sin su voluntad –tanto más cuanto la existencia misma del ser humano es un hecho en que no ha mediado su intervención–.[8] El hecho es en definitiva *"lo que yace delante... el mundo"*.[9]

Pero con Carnelutti podemos afirmar que el mundo es demasiado grande para poder verlo, el hombre no tiene facultades omnicomprensivas, no le es dable captar toda la realidad.

Y frente a esto, aun cabe la pregunta sobre si ¿importa al jurista captar toda la realidad, le importa observar el mundo en su magna amplitud? Claramente no, su labor es circunscrita a un estadio mucho menor, es reducida a un campo de acción mucho más ajustado. Como diremos, al hombre de derecho le importan sólo los hechos que presentan relevancia para su objeto de estudio –los hechos jurídicos–, aquello que los alemanes han llamado *Tatbestand*.[10]

Este proceso, que se aprecia con sobrada claridad en el relato histórico, es mucho más patente en la praxis jurídica, por cuanto la labor aquí consiste sencillamente y sin más en aplicar la ley, de allí que el proceso de selección de los hechos venga impuesto por la ley misma y generalmente de una manera bastante esquemática.[11]

[8] MORINEAU (1997) p. 71.
[9] CARNELUTTI (1948) p. 45.
[10] SOLER (1962) p. 153.
[11] SOLER (1962) p. 153.

Larenz nos refiere esta cuestión señalando que *"Lo que en el supuesto de hecho de un juicio aparece como "hecho", es el hecho en cuanto a enunciado... lo acaecido tiene que ser enunciado con este fin"*.[12] Por tanto, para él, el jurista se enfrenta en primer término –las más de las veces– al hecho bruto.[13]

Por ello, podemos afirmar que en el universo infinito de los sucesos a los que podemos llamar hechos, sólo importan al jurista aquellos que tengan una determinada relevancia jurídica, aquellos que estén vinculados con su "objeto de estudio", esto es, aquellos que sean necesarios en la aplicación de las normas jurídicas.[14]

En este sentido, como expresa Soler, "cuando en un artículo del código leemos *"quien mata a un hombre será matado", ¿qué cosa se ve más que la nada? Un hombre sin rostro no es hombre, para el jurista nacerá la pregunta de ¿Quién es el matador? y ¿Quién el matado?"*[15]

Los hechos presentados frente al jurista no le dicen nada, sino en cuanto son calificados por él, la realidad no habla, la ley la hace hablar.[16] Es imperativo por ello, además de la constatación fáctica de su suceso, es *"construir el hecho"*, darle un significado jurídico.

Por ello, la verificación del hecho bruto no permite sino el desencadenamiento del dispositivo de la marcha jurídica, tal como lo señala Calvo García, *"una vez presentados los hechos al intérprete, se pone en marcha la actividad o en su caso, el procedimiento encaminado a la decisión jurídica"*.[17] Pero ello sólo en cuanto antecedente, pues nada tiene ya que ver en su concreción real, en definitiva desde el punto de vista jurídico, los hechos –fácticos– no tienen relevancia sino desde el momento en que son regulados por el derecho.[18]

[12] LARENZ (2001) p. 272.
[13] LARENZ (2001) p. 272.
[14] Prueba lo anterior una sencilla analogía sacada de la interpretación musical. Así, resulta evidente que la partitura de una pieza musical compuesta por el más egregio de los antiguos compositores nada dirá al profano o al lego. Aquel que nada sabe del *concierto, la sonata, la suite y la partita,* nada puede obtener de la observación de una obra musical, por más excelsitud que posea la misma. Tal cual acontece con el jurista, que sólo provisto de un acervo jurídico puede obtener de la apreciación de los hechos brutos consecuencias que posean relevancia en la interpretación del derecho y en la resolución de los conflictos que surgen entre los individuos de una sociedad, es su carácter de especialista en un determinado arte, el que le permite "componer" una tesis jurídica a partir de los hechos observados.
[15] SOLER (1962) p. 56.
[16] SOLER (1962) p. 154.
[17] CALVO (1996) p. 137.
[18] GUASP (1943) p. 10; MORINEAU (1997) p. 72.

## b. El concepto del hecho jurídico

Resulta conveniente ahora, con el objeto de asir de mejor forma estas cuestiones de las que venimos hablando, precisar cada uno de los conceptos que hemos esbozado, para estructurar de manera adecuada las ideas que pretendemos exponer.

En este sentido, podemos afirmar que *"la noción de hecho es una isla misteriosa en el reino del derecho"*.[19] Pocos autores han llevado a cabo sus investigaciones ocupándose de precisar y determinar el significado del hecho, en cuanto instituto jurídico, acaso por un descuido teórico o bien porque la labor del jurista –como científico del derecho– no tiene un fin práctico inmediato.[20]

Y debido a esto es que apremia delimitar con exactitud la esencia íntima del hecho, determinar con precisión rigurosa en qué consiste la naturaleza del mismo. Frente a ello, señalemos a la sazón que el hecho es un acaecimiento que tiene dimensiones concretas en el tiempo y en el espacio.[21] O como un autor nos expresa, se trata de aquellos *"acontecimientos de la realidad que, según las partes no han producido las consecuencias jurídicas que se esperaban y cuya declaración e imposición forzosa es cabalmente lo que se le pide al juez"*.[22] Luego –termina refiriendo– los hechos constituyen para el paradigma jurídico dominante de la subsunción, "la premisa menor".

Si seguimos esta idea, resultaría que de lo anterior surge una estridente contradicción en relación a todo lo que hemos dicho hasta ahora.[23] Pues bien, tal contradicción es inexistente, ya que como bien señala Nieto, *"el hecho jurídico es hijo al tiempo de la naturaleza y de la norma"*.[24]

Así, el hecho jurídico reconoce en su esencia un sustrato fáctico unido a una valoración normativa que del mismo ha hecho el intérprete. Por tanto, en su génesis se materializa el fruto de la realidad empírica normativizada por la calificación que de la misma ha efectuado el derecho.

De tal suerte que las normas y los hechos están estrechamente trabados entre

[19] CARNELUTTI (1948) p. 44.
[20] CALVO (1996) p. 136.
[21] GUASP (1943) p. 26.
[22] NIETO (2000) p. 81.
[23] Ya que, según hemos podido señalar, el hecho que importa al jurista no es el mero acontecimiento de la realidad, el fenómeno físico, el hecho bruto al decir de Larenz, sino la construcción jurídica que se hace del hecho, el hecho valorado, enunciado, el hecho calificado.
[24] NIETO (2000) p. 83.

sí, y tanto se condicionan recíprocamente que en rigor no cabe un análisis separado de ellos.[25]

Para estos efectos, se han construido algunas categorías que permiten entender el *"iter"* del hecho jurídico, a saber, un primer estado será denominado "Estado de Hecho" o lo que los alemanes llaman *Zustande*; luego, los "Acaecimientos" o *Vorgange*; y finalmente estarán los "Eventos" o *Ereignisse*.[26]

A nosotros nos basta simplificar el asunto reseñando este proceso de la siguiente forma: La primera categoría que se presenta al intérprete –ya científico del derecho, ya juez– es el hecho bruto, según la significación que le hemos dado anteriormente, luego éste fijará su mirada en lo que conocemos como "supuesto de hecho" (el llamado *Tatbestand*, aquel tipo conductual descrito en la norma),[27] y en virtud de esta mirada al hecho normativizado es que volverá a poner sus ojos en la norma para determinar si la verificación de ese suceso fáctico –que ya está siendo observado con una "vestidura de ley"– se adecua o no al presupuesto contemplado por ella misma.

Así, el juez se ocupa del hecho en cuanto *"supuesto de hecho"* –es éste el que le interesa, conforme hemos podido expresar precedentemente–[28] y sobre el particular puede decirse que se trata de toda realidad que entra en la preocupación de las normas jurídicas como condición para que se dé la consecuencia prevista por ella.[29]

Sobre esto, Larenz señala: *"La representación que el que enjuicia se hace del hecho acaecido, tiene que ser articulada por él, para compararla con las notas distintivas del supuesto de hecho legal..."* y continúa: *"Todos los hechos que han de ser enjuiciados jurídicamente son de estructura similar; no representan una pura enumeración de hechos, sino que son el resultado de una cierta selección, aclaración, enlace de hechos, atendiendo a lo que es relevante jurídicamente"*.[30]

Queda de manifiesto nuevamente lo que ya hemos tenido oportunidad de señalar, en torno a que los hechos que importan al jurista ya han sido filtrados de la realidad –si se nos permite la expresión– por cuanto el abanico de los sucesos fácticos no puede, no debe, ni interesa, ser captado en su totalidad por el jurista.

---

25 NIETO (2000) p. 82.
26 NAWIASKY (1962) p. 284.
27 En esta parte es preciso adelantar que el supuesto de hecho se encuentra normativizado, es un suceso al cual ya se le han aplicado categorías intelectuales orientadas hacia el derecho.
28 Vid. supra p. 5.
29 DE CASTRO (2002) p. 174.
30 LARENZ (2001) p. 274.

### c. El paradigma de la subsunción

Aunque sea de forma tangencial, hemos ya sugerido aquí que el proceso de adecuación del hecho bruto al supuesto de hecho ha sido entendido tradicionalmente a través del silogismo de la subsunción.[31]

En efecto, tradicionalmente se ha dicho que el proceso mediante el cual se recorre desde el hecho bruto al supuesto de hecho o hecho enunciado, se lleva a cabo mediante un procedimiento lógico, en donde la premisa mayor es la norma, la premisa menor, el hecho enunciado, y luego al conectarse ambas premisas se obtiene un resultado, que no es otra cosa que la consecuencia jurídica que la norma asocia al hecho por ella tipificado.

Este procedimiento lógico es representado de la siguiente forma: "Si A es, debe ser B", así, si se realiza la condición establecida por la norma, nacen las consecuencias.[32]

En términos más precisos, Larenz especifica la cuestión de la siguiente manera: *"Siempre que el supuesto de hecho S esté realizado en un hecho concreto H, vale para H la consecuencia jurídica C... Luego, si S está realizado en un hecho cualquiera, la consecuencia jurídica C vale para este hecho (premisa mayor); Este hecho determinado realiza S, es decir, es un caso de S (premisa menor)... Para H vale C (conclusión)".*[33]

Ahora para obtener la premisa menor, esto es, para determinar si el hecho bruto, cumple con las notas distintivas del hecho calificado, o enunciado, también es menester llevar a cabo otro proceso de subsunción que con Larenz podríamos expresar así: S está plenamente caracterizado por las notas distintivas N1, N2, N3... H presenta las notas distintivas N1, N2, N3... Luego H es un caso de S.

A simple vista la operación antes enunciada goza de plena lógica y permite entender con claridad la forma en que opera el razonamiento de los jueces y juristas.[34]

Pues bien, dicha claridad axiológica no resulta ser tan virtuosa como pareciera.

---

[31] GUASP (1943) p. 12.
[32] MORINEAU (1997) p. 70.
[33] LARENZ (2001) p. 265.
[34] Así, la norma tipificaría situaciones de hecho ya valoradas, y en la medida que los hechos fácticos que se producen en el desenvolvimiento de la vida –y que son presentados al intérprete para su conocimiento por las partes de un litigio o al estudioso del derecho en el curso de sus investigaciones– se adecuen a dichos hechos enunciados, surge entonces una determinada consecuencia jurídica asociada a ellos.

En efecto, una mirada más profunda nos permite percibir que existe un insalvable elemento que rompe con la lógica, toda vez que que no es dable aceptar que la premisa menor anteceda a la premisa mayor. En concreto, la narración de los hechos precede a los fundamentos de derecho, y aquello no se adecua con un criterio metodológico.[35]

Por su parte, resulta evidente postular que si la premisa mayor reside en conceptos, la premisa menor también deberá residir en ellos. Desde un punto de vista lógico tiene que existir una correlación entre los dos términos de la subsunción,[36] y esto no ocurre con este silogismo, en donde "hechos se adecuan a normas". Esta será también otra discordancia a la que el paradigma tradicional nos confronta.[37]

Y es más, el proceso de determinación de las consecuencias jurídicas asociadas al hecho, y en definitiva la egregia tarea de interpretar, se lleva a cabo en un ir y venir de la mirada del hecho a la norma y de la norma al hecho, por cuanto la estructura de la subsunción resulta bastante aparente. En este sentido, el proceso de indagación de los hechos y de la búsqueda de la norma son operaciones simultáneas que obligan al juez a contemplar los hechos y las normas al mismo tiempo, acercado unos a otros.[38]

Para concluir este acápite, es importante hacer notar que el paradigma de la subsunción sólo tiene cabida en cuanto existan textos legales que cuenten con normas que se encuentren investidas de sendas características, tales como, generalidad, abstracción, carencia de lagunas, etc.

El complejo marco jurídico que regula las sociedades actuales, con sus constantes modificaciones –particularmente visibles por la tan acentuada tendencia legiferante de nuestros pueblos– hace que los ordenamientos jurídicos sean ricos no sólo en lagunas, sino también en antinomias insolubles, que constituyen verdaderas grietas en los diversos sistemas jurídicos.[39]

Así mismo, como ha señalado tan acertadamente Bobbio, el complejo mayor se presenta no tanto en saber si se ha llevado o no a cabo correctamente la

[35] NIETO (2000) p. 81; GUASP (1943) p. 12.
[36] CALVO (1996) p. 140.
[37] En todo caso se ha llegado a afirmar que lo que se subsume no son hechos, sino conceptos fácticos a conceptos jurídicos. Dicha aseveración nos permitirá –en todo caso– reafirmar nuestra posición frente a la llamada distinción entre cuestiones de hecho y derecho, de que hablamos más abajo.
[38] NIETO (2000) p. 86.
[39] Piénsese en la antinomia insoluble existente entre los artículos 680 y 1874 del Código Civil, que ha dado lugar a numerosos fallos y criterios disímiles.

subsunción, sino en *"poner de acuerdo las premisas"*.[40] En efecto, la complejidad de las sociedades actuales hace que los supuestos de hechos, que laten en el corazón de la norma, sean cada vez menos representativos de las verdaderas relaciones que inundan nuestra realidad.

Dígase finalmente que el derecho, lejos de ser un sistema cerrado, constituido como campo fértil para la aplicación de la lógica más dura, es un complejo abierto, integrado por diversos sucesos en constante desenvolvimiento, y cuya captación por parte de las normas constituye un magnífico esfuerzo, que ha de valerse de muchos más elementos que la simple lógica.[41]

Valga todo lo expuesto hasta ahora para dar paso al tratamiento de una cuestión que nos servirá como corolario de las ideas que hemos postulado, y que se trata del análisis de la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho. Esta figura nos permitirá comprender con claridad cómo es que el jurista, una vez confrontado con los hechos, ya ha iniciado un proceso de valoración de los mismos, seleccionando y descartando de forma inmediata aquellas notas distintivas de cada suceso fáctico, y transformándolos con ello en supuestos de hecho normativizados. Recordemos que en definitiva son estos últimos los que realmente le importan para llevar a cabo su cometido.

## II. La distincion entre cuestión de hecho y cuestión de derecho

### a. El origen de la distinción

La elaboración de esta distinción tiene, desde luego, una explicación de carácter histórico. Y así podemos afirmar que durante muchos lustros los que hoy llamamos conflictos jurídicos fueron ventilados como cuestiones fácticas, ya que el proceso se refería única y exclusivamente a la determinación de los hechos, dándose un tratamiento separado y muy distinto a las cuestiones jurídicas, aunque sólo fuera por la elemental circunstancia de que un lego en derecho (como de ordinario era el juez, y más todavía el jurado) nada podía resolver sobre el particular.[42]

Con todo, en los sistemas judiciales primarios (particularmente aquellos con

[40] Citado por NIETO (2000) p. 121.
[41] Existen diversos autores que han atacado duramente el silogismo de subsunción y la labor meramente axiológica del juez. Cfr. las obras de Recasens Siches, Alejandro Nieto, Tomás Ramón Fernández, entre otros.
[42] Cfr. SAMPER (2007).

sistema de jurado) la distinción entre el *factum* y el *ius* tenía una delimitación bastante clara, al menos aparentemente.[43]

Cuando en la Edad Moderna se consolida la jurisdicción real (la administración de justicia del Estado) en el proceso, se anillan definitivamente las cuestiones de hecho y las de derecho, pero con un tratamiento diferenciado, del que interesa destacar un aspecto: "en las cuestiones de derecho se mantiene el arbitrio judicial; en tanto en las cuestiones de hecho habrán mayores o menores libertades dependiendo de los distintos sistemas jurídicos vigentes".[44]

**b. La cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho**

Hemos expresado con reiterado entusiasmo que el "hecho" tomado en consideración por el jurista no es el hecho bruto, sino, muy por el contrario, el hecho calificado, construido, enunciado, metamorfoseado, en definitiva el hecho jurídico.

Luego, la principal y más notable consecuencia de esta aseveración es que la distinción entre la simple o mera *"cuestio factis"* y el derecho en cuanto tal es las más de las veces una distinción difusa, artificiosa o acaso sólo ideal.

En este sentido, y en armonía con la tesis que pretendemos sostener, el juez para efectos de llevar a cabo su labor fijará su mirada en unos hechos brutos que le son presentados, pero que puestos frente a sus ojos dejan ser simples sucesos fácticos, y pasan a transformarse en hechos normativamente valorados. Así, es posible percibir que el sentenciador actúa con un "prejuicio" normativo y únicamente se fijará en los aspectos que para él son congruentes o relevantes con tal prejuicio.[45]

Esto está vinculado estrechamente con que el punto de vista del jurista es deliberadamente selectivo, y en esa selección va envuelto ya un proceso de calificación y con ello de enjuiciamiento previo del hecho que se le presenta.[46] Por tanto, podemos decir que los hechos una vez puestos en el oficio del intérprete, se encuentran "teñidos de juridicidad".[47]

Todo lo cual surge de una sencilla razón expresada en la doctrina:"La relación entre el hecho jurídico y las consecuencias de derecho es necesaria".[48] Están,

[43] Cfr. SAMPER (2007).
[44] NIETO (2000) p. 83.
[45] NIETO (2000) p. 88.
[46] LARENZ (2001) p. 304.
[47] SOLER (1962) p. 156.
[48] MORINEAU (1997) p. 72.

por así decirlo, unidos indisolublemente en la mente del jurista. Por esto, no podemos partir de la observación de los hechos para encontrar el sentido del derecho, la operación es precisamente al revés, y serán las normas las que enfoquen a estos.[49]

En sistemas como el nuestro, sin miedo al yerro, es dable afirmar que el juez, una vez que ha tomado conocimiento de los supuestos de hechos, ha elegido ya una decisión en base a la valoración personal, al enjuiciamiento previo que ha efectuado de los hechos que se le presentan, de manera que lo que posteriormente hará será ajustar dichos hechos valorados a los supuestos de hecho contenidos en las normas, creando con ello un sistema cerrado.[50]

Todo lo anterior nos lleva entonces a comenzar a dudar de si es posible construir una distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho que satisfaga las necesidades de una elaboración científica, realmente estructurada con apego a criterios rigurosos.

### c. La composición de la distinción

Desde hace varios lustros los autores han venido señalando la dificultad de precisar la línea divisora entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho.[51]

Así, se ha llegado a decir que el creer que no existan sino normas jurídicas puras y hechos jurídicos puros ha sido uno de los errores que han ejercido más nefasto influjo no sólo en la doctrina jurídica, sino en la misma evolución jurisprudencial y que dicha complejidad estriba en que *"La cuestión de hecho consiste en declarar si existen circunstancias sobre cuya base el Juez debe, conforme a la Ley, considerar ciertos hechos concretos"*.[52]

Ahora, como aclara Chiovenda, *"Cuáles sean estas circunstancias puede constituir a su vez una cuestión de derecho donde se presente en abstracto"*.[53] Y con ello, como vemos, la distinción se vuelve del todo artificiosa.

Ello es, una vez más, la consecuencia de lo que tantas veces hemos repetido, *"El plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos conceptos que considera relevantes en cuanto puedan ser objeto de atribución normativa"*.[54]

[49] NIETO (2000) p. 88.
[50] Esto es en el campo de la interpretación lo que se ha denominado "la falacia de los cánones hermenéuticos"; Cfr. NIETO (2000) p. 34.
[51] Por todos LARENZ (2001) p. 304.
[52] GUASP (1943) p. 12.
[53] CHIOVENDA (1965) p. 149.
[54] GOLDENBERG (1984) pp. 8-9.

Por tanto, es que siendo los casos jurídicos construidos mediante la recolección sucesos calificados por la ley como dignos de ser seleccionados, dicha selección importará ya cierto grado de desarrollo de una tarea interpretativa de la ley y con ello una labor de derecho.

Así, según decimos, la misma construcción del caso depende de que el intérprete descubra en el derecho el precepto que acuerda a una circunstancia determinada cierto significado y valor jurídico.[55]

En otro estado de cosas, Carnelutti ha dicho que "la distinción debe llevarse a cabo entre Hecho y Ley, tanto más cuanto –a su juicio– la distinción formulada en sus términos tradicionales contiene la falta común que concierne a la confusión del Derecho y la Ley, ya que el derecho será más bien la síntesis entre hecho y ley".[56]

Como quiera que sea, nos parece que en todo caso cualquier intento por mantener la distinción (V.g. la motivación de la sentencia, que debe llevar especificados los fundamentos de hecho y de derecho) constituye tan sólo un ensayo de mantener la imagen de separación lógica e ideológica entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho, más que un esfuerzo de rigor científico.

**d. Manifestaciones prácticas de la cuestión.**

Hasta aquí nos hemos esforzado en demostrar cuál es la labor del juez –y del jurista– al momento de ser confrontado con unos hechos, en el desarrollo de su labor hermenéutica.

Para ello, hemos recurrido como ejemplo a la clásica distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, para graficar que en el proceso de adecuación de los hechos de la vida misma a los supuestos de hecho contemplados en la norma, existe una calificación jurídica previa que termina por teñir de juridicidad a los hechos, normativizándolos.

En este escenario resulta interesante revisar cómo dicha distinción presenta en la *praxis* jurídica variadas manifestaciones que, de alguna u otra manera, producen sustanciales consecuencias en la labor de jueces y científicos del derecho.

[55] SOLER (1962) p. 157.
[56] CARNELUTTI (1948) p. 43.

Se trata de una exposición breve de problemas y consecuencias prácticas que dicha distinción presenta, con el objeto de demostrar que estas cuestiones de las que venimos hablando no han sido creadas para el mero solaz de los juristas, sino que, muy por el contrario, resultan gravitantes para los operadores del sistema, pues influyen en el curso que toman los procesos judiciales sometidos al conocimiento de los Tribunales.

Valga entonces la prevención de que el presente apartado es meramente ejemplar, y sólo busca graficar la importancia que el tema en comento tiene en las teorizaciones jurídicas, en donde la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho tiene una sustancial importancia.

En este escenario, no cabe duda que las principales manifestaciones de la distinción se presentan en el área del derecho procesal.

En efecto, en materia de derecho adjetivo la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho se presenta eminentemente en lo que conocemos como la fundamentación de las sentencias. Aquí, por imperativo legal, en casi todos los ordenamientos jurídicos, es un requisito impuesto al sentenciador fundamentar sus sentencias precisando claramente los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se ha basado para ello.[57]

Así mismo, se encuentra presente en materia de recursos, para efectos de determinar la procedencia del llamado "recurso de casación en el fondo"[58] que se interpone ante el Tribunal Supremo, en relación a que se trata de un recurso que busca corregir vicios cometidos con el pronunciamiento de una sentencia en infracción de ley. Ello hace que en numerosas ocasiones sea inmensamente dificultoso determinar la procedencia y pertinencia del recurso, precisamente por no resultar claro si estamos en presencia de cuestiones de hecho o de cuestiones de derecho.

Importa así mismo en materia de prueba. Conocida es la regla *"iura novit curia"*, *"da mihi factum, dabo tibi ius"*. De manera tal, que el juez debe ocuparse de los hechos aportados por las partes, restringiéndose en consecuencia sus facultades para resolver el asunto sometido a su conocimiento.

En materia de derecho sustantivo, presenta también algunas interesantes manifestaciones la distinción.

[57] Como sabemos, esta cuestión busca proporcionar certeza y seguridad jurídica en la labor del juez en cuanto órgano resolutor de conflictos, ya que permite evitar que sus fallos puedan ser pronunciados en forma arbitraria, sin apego a los criterios objetivos ventilados en la contienda judicial.

[58] En Alemania y otros países "revisión" o "recurso de revisión".

Luego, en la determinación de la naturaleza de la relación de causalidad en materia de responsabilidad, la discusión doctrinaria y jurisprudencial ha sido abundante.[59] Sobre el particular, la falta de claridad en la precisión de esta cuestión puede presentar consecuencias tan nefastas como excluir la posibilidad de recibir una indemnización por falta de uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad civil.

Para la determinación de los vicios de que puede adolecer el consentimiento es preciso distinguir si bien se trata de un falso o equivocado juicio acerca de una persona, cosa o situación, o bien sobre algún precepto jurídico.

Ilustre ha sido la discusión en el derecho civil respecto a la naturaleza de la institución de la posesión, y así en determinar si se trataría de un hecho, o bien de un derecho.[60]

En temas de responsabilidad civil, también se ha debatido en torno a si la apreciación del llamado daño moral sería un hecho reservado a los jueces de fondo, o más bien una cuestión de derecho susceptible del recurso de casación en el fondo.[61]

En fin, todas estas cuestiones permiten visualizar cómo la exigencia de la aplicación de una distinción –que juzgamos artificiosa– puede traer consigo serias consecuencias al momento de aplicar el derecho por parte de los jueces, y sin lugar a dudas, hace bastante ardua la labor de los abogados al momento de presentar sus acciones ante los tribunales.

[59] Por todos, AEDO (2005) pp. 26-27
[60] IHERING, Rodolfo (1926) pp. 29 y ss.
[61] DOMÍNGUEZ (2000) p. 683.

## III. Conclusiones

El tema en comento, esto es, la teoría del hecho jurídico, ha sido a lo largo de los años descuidado en los análisis de los juristas, así como de aquellos quienes profesan ciencias auxiliares de la ciencia del derecho. Por ello, creemos que resulta gravitante emprender esfuerzos serios por investigar y elaborar un diseño riguroso sobre esta cuestión, incorporando elementos de la filosofía del derecho, la lógica jurídica y la historia del derecho.

A nuestro entender, la función del intérprete normativiza la aparición del suceso fáctico, en cuanto ésta es llevada a cabo mediante diversos mecanismos de enjuiciamiento, y no sólo un mero procedimiento axiológico de subsunción.[62]

La teoría del hecho jurídico posee una trascendental importancia en el sistema jurídico, pues las normas –en definitiva el derecho vigente– deben ser aplicadas precisamente a sucesos que acontecen en la vida diaria, y de los cuales ha recogido notas distintivas, incorporándolas como supuestos de hecho.

El derecho como ciencia no puede ser desconectado de la acción de los juristas que intervienen en la práctica del fenómeno jurídico, y por ello debe regular y adaptarse con facilidad a las situaciones que día a día la vida va ofreciendo. En este sentido, hemos pretendido explicar, a través de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, cómo la teoría que hemos analizado presenta profundas consecuencias en la *praxis* y cómo es necesario tener absoluta claridad de cuándo estamos en presencia de hechos de relevancia jurídica.

La distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho es más bien de carácter ficticio y responde a criterios históricos, asentados en los paradigmas, que constituyen para los juristas "lugares comunes" heredados, sobre los cuales no es dable disentir.

Ello habida consideración de que, como hemos sostenido una y otra vez, el proceso de adecuación de los hechos fácticos a los supuestos de hecho de la norma importa inequívocamente un proceso de calificación jurídica de los mismos, y con ello –necesariamente– una operación de derecho.

[62] LARENZ (2001) p. 303.

## Bibliografía

AEDO BARRENA, Cristian (2005): *"Algunas notas sobre la relación de causalidad"*, en: *Revista Jurídica de Mar del Plata*, vol. 5 pp. 27-57.

CALVO GARCÍA, Manuel (1996): *Teoría del Derecho* (Madrid, Editorial Tecnos S.A,) 232 pp.

BETTI, Emilio (2006): *La interpretación jurídica* (Traducc. Alejandro Vergara Blanco, Santiago, Editorial LexisNexis) 217 pp.

CARNELUTTI, Francesco (1948): *El arte del Derecho* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) 108 pp.

CUTOLO VICENTE, Osvaldo (1949): *Introducción al estudio del Derecho* (Buenos Aires, Talleres Gráficos San Pablo) 490 pp.

CHIOVENDA, Giuseppe (1965): *Princippi di diritto Processuale civile*, (Napole, dott Eugenio Jovene) 1328 pp.

DE CASTRO, Benito (2002): *Nuevas Lecciones de Teoría del Derecho* (Madrid, Editorial Universitas S.A.) 524 pp.

DEL VECCHIO, Giorgio (1969): *Filosofía del Derecho* (Barcelona, Editorial Bosch) 676 pp.

DIEZ-PICAZO, Luis (1993): *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (Barcelona, Editorial Ariel S.A) 317 pp.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El Daño Moral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 749 pp.

GOLDENBERG, Isidoro (1984): *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, Editorial Astrea) 240 pp.

GUASP, Jaime (1943): *Juez y Hechos en el Proceso Civil* (Barcelona, Bosch Casa Editorial) 170 pp.

IHERING, Rodolfo: *La posesión* (Traducc. Adolfo Posada, Madrid, Editorial Reus S.A) 644 pp.

LARENZ, Karl (2001): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (Traducc. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Editorial Ariel S.A) 536 pp.

MORINEAU, Oscar (1987), *Estudio del Derecho*, (México, Editorial Porrúa) 521pp.

NAWIASKY, Hans (1962): *Teoría General del Derecho* (Traducc. Dr. José Zafra, Madrid, Editorial Rialp S.A) 414 pp.

NIETO, Alejandro (2000): *El Arbitrio Judicial*, (Barcelona, Editorial Ariel S.A) 444 pp.

PACHECO GÓMEZ, Máximo (2004): *Teoría del Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 876 pp.

SAMPER POLO, Francisco (2007): *Derecho Romano* (Ediciones Universidad Católica de Chile) 421 pp.

# El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la Ley Chilecompra*

**José Manuel Díaz de Valdés Juliá**
Director de Investigación de la Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Sergio Verdugo Ramírez**
Profesor-investigador de la Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Introducción y presentación del problema

Con fecha 19 de enero de 2008 entró en vigencia la Ley N° 20.238, que modifica la Ley N° 19.886 (Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en adelante, la "Ley Chilecompra"), asegurando la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la Administración del Estado. En otras palabras, la Ley N° 20.238 instituyó un conjunto de reformas al régimen de contratación pública.[1]

Entre las disposiciones de esa ley, se modificó el art. 4° de la Ley Chilecompra, con el objeto de reforzar el respeto a los derechos de los trabajadores y de las organizaciones sindicales.

* Agradecemos la colaboración de la ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, señorita Natalia Fajardo Arellano.

[1] Sobre una completa descripción del régimen jurídico aplicable al sistema de contratación que tratamos en este trabajo, véase BARRA Y CELIS (2009).

En efecto, antes de la entrada en vigencia de esta nueva disposición, la ley establecía lo siguiente:

> *"Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común".*

Con posterioridad, la Ley N° 20.238 agregó la siguiente frase final a ese inciso:

> *"Quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años".*

De esta forma, el Estado utiliza la contratación pública para favorecer o reforzar la obtención de determinados objetivos relacionados con la protección del trabajador. Es así como la modificación en comento creó una inhabilidad general para contratar con la Administración del Estado, la que dura dos años, y que se genera con la condena a que se sujeta un particular por causa de haber cometido prácticas antisindicales (véanse los arts. 289 y siguientes del Código del Trabajo) o por haber infringido derechos fundamentales del trabajador.[2-3] Esta inhabilidad se suma a otras sanciones que dispone la legislación para este tipo de conductas.

Al margen de la discutible legitimidad de esta técnica, al menos en ciertos contextos, en la especie su principal problema fue su falta de precisión. En efecto, el legislador omitió referirse expresamente a las situaciones generadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley.

¿Qué sucede con aquellas empresas que incurrieron con anterioridad en las conductas merecedoras de la inhabilidad antes señalada?

El legislador no dispuso de ninguna norma transitoria que regulara la aplicación gradual o diferenciada (o derechamente la no aplicación) de la norma a situaciones preexistentes. Frente al silencio de la ley, existen tres alternativas de interpretación plausibles:

[2] Sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, véase entre otros a UGARTE (2009).

[3] Cabe hacer presente que las inhabilidades de esta ley no "incluyen la existencia de litigios pendientes con la entidad contratante". Véase BARRA Y CELIS (2009) p. 115.

1. Podría pensarse que, al no distinguir y al ser una norma de derecho público y de orden público, *esta norma se aplica indistintamente*, afectando incluso a quienes hubieran incurrido en las conductas sancionables con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley. En este caso, la ley tendrá efecto retroactivo. Por consiguiente, los eventuales proveedores del Estado sólo podrían contratar con la Administración cuando hubieren transcurrido dos años contados desde la fecha de la condena, esto es, desde la sentencia judicial ejecutoriada que sanciona la infracción de las conductas descritas. Para efectos prácticos de este trabajo, esta interpretación será denominada como la "primera" posibilidad hermenéutica.

2. Como una segunda posibilidad de interpretación, podría pensarse que esta ley no puede aplicarse a aquellos que hubieran sido condenados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo texto legal. De esta manera, *la ley sólo tendría efectos prospectivos y carecería de retroactividad.* Esta misma lógica debiera aplicarse respecto de quienes hubieren incurrido en las conductas descritas antes de la vigencia de la ley, aun cuando la condena (esto es, la sentencia) hubiere sido ulterior. Esta interpretación la llamaremos como "segunda" posibilidad hermenéutica o "irretroactividad estricta".

3. Finalmente, podría sostenerse una *visión intermedia*, que utilice como parámetro de aplicación de la ley la condena de las conductas sancionadas, y no la conducta en sí. De esta manera, la ley se aplicaría incluso a quienes realizaron las conductas descritas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, pero que fueron condenados con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial, esto es, al día en que comienza su vigencia. Esta "tercera" posibilidad hermenéutica, o "irretroactividad atenuada", es la que sostuvo la Contraloría General de la República (en adelante, la "CGR"),[4] y profundizaremos sobre ella más adelante.

Nuestra hipótesis consiste en afirmar que la segunda alternativa hermenéutica es la correcta, vale decir, la nueva sanción establecida sólo es aplicable a quienes incurran en las conductas descritas con posterioridad a la entrada en vigencia de ese cuerpo legal.

Como puede advertirse, la discusión se refiere a cuáles son los efectos de las leyes en el tiempo para la aplicación de sanciones administrativas por parte del legislador.

[4] CGR. Dictamen N° 59709/2008

En nuestra opinión, y en virtud del proceso de constitucionalización del derecho,[5] los criterios y la argumentación jurídica tradicionales en esta materia deben ser interpretados y complementados desde la perspectiva netamente constitucional, la que a su vez supone la debida protección de los derechos fundamentales.

En términos sintéticos, nuestro argumento central es el siguiente: En primer lugar, la inhabilidad es una especie de pena. En segundo lugar, el principio de irretroactividad se aplica a las sanciones administrativas, justamente por ser una especia de pena. En tercer lugar, este principio tiene rango constitucional y debe impregnar la interpretación de las normas de inferior jerarquía. Ello se fortalece con los antecedentes jurisprudenciales e históricos que examinaremos. En cuarto lugar, la solución que proponemos satisface las exigencias de seguridad jurídica y de respeto a los derechos fundamentales que debe primar en toda interpretación, según veremos.

Este trabajo tiene la siguiente estructura: En la sección II estudiaremos las razones que nos llevan a sostener la segunda posibilidad hermenéutica. En esta parte incluiremos el concepto de pena o sanción, la historia de la norma constitucional, la jurisprudencia constitucional, las normas internacionales iberoamericanas, la seguridad jurídica y los derechos fundamentales que se protegen como fundamento de la irretroactividad. En la sección III analizaremos la naturaleza y excepciones del principio constitucional de irretroactividad. En la sección IV abordaremos de manera crítica el dictamen de la CGR que sostiene la tercera posibilidad interpretativa. Finalmente presentaremos algunas conclusiones generales del trabajo.

## II. La correcta interpretación y la irretroactividad de las sanciones

Como ya lo advertimos en la introducción, este trabajo trata de optar por la mejor posibilidad interpretativa respecto de un problema derivado de los efectos en el tiempo de la Ley N° 20.238. Nuestra opción se sustenta en elementos constitucionales y también generales del derecho. Debemos comenzar citando una disposición expresa de la Carta Fundamental.

El art. 19° N° 3 inciso séptimo de nuestra Constitución Política (en adelante, la "CP") establece que:

[5] Sobre la constitucionalización del Derecho, véase una obra ya clásica entre los constitucionalistas: FAVOREU (2001). Sobre una visión crítica, véase CORREA (2009).

*"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".*

Se consagran de esta manera una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cual es el principio de *nulla poena sine lege*, el que a su vez comprende el principio de legalidad de la pena, y el principio de irretroactividad de penas y sanciones. Este último, profusa e indubitablemente reconocido por nuestra jurisprudencia administrativa[6] y judicial;[7] la jurisprudencia internacional;[8] la doctrina especializada[9] y tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.[10-11] Sus contenidos fundamentales son dos:

1. La prohibición de establecer penas o sanciones por hechos acaecidos con anterioridad a la ley que contempla tales hechos como vulneratorios del ordenamiento jurídico, y

2. La prohibición de imponer penas o sanciones más gravosas de aquellas contempladas en el momento en que sucedieron los hechos que constituyen la vulneración del ordenamiento jurídico.

Las prohibiciones antedichas responden a consideraciones básicas de justicia, equidad y seguridad jurídica (a este aspecto le dedicaremos un apartado especial en esta sección).[12] En efecto, no resulta razonable ni permisible castigar a una persona, natural o jurídica, que no ha tenido la posibilidad de conocer cuáles serán los efectos de sus actos. Nadie tiene el talento de predecir con certeza el futuro y, por consiguiente, ninguna persona ha podido razonablemente evitar tales consecuencias mediante la modificación o adaptación actual de su con-

[6] Dictámenes de la CGR N°s 14571/2005; 45905/1976; 20991/1984; 25961/2000; 3858/2001; 6926/2001 y 38075/2002, 26634/1993.

[7] Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema , Rol 6618-2006, 27 de marzo de 2007, considerando N° 22; Corte Suprema, sentencia rol N° 25.892, del 26 de enero de 1988, considerando N° 3; Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia rol N° 4445-2002, de 28 de enero de 2004, considerando N° 10.

[8] Véase, por ejemplo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Ricardo Canese vs Paraguay", 31 de agosto del 2004, párrafos N°s 173, 175, 176, 177, 182, y "Baena Ricardo y otros vs Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos N°s 106, 107, 115, 214.

[9] NOGUEIRA (2007) p. 117. CEA (2004) pp. 166-167; SILVA (2006) pp. 163-165; ETCHEVERRY (1999) pp. 141-142.

[10] Por supuesto, debe recordarse que, por reconocer derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y considerando lo dispuesto en el art. 5°, inciso 2°, de la CP, estos tratados internacionales constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía del Estado. Cuando el legislador diseña las leyes, está ejerciendo soberanía, razón por la cual debe observar este elemental límite.

[11] Art. 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase asimismo la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano.

[12] Véase la intervención del Sr. Jorge Ovalle, Actas oficiales de la CENC, Sesión N° 113, p. 8.

ducta. De esta forma, las personas quedarían absolutamente expuestas al poder del Estado, sin certeza alguna de si sus acciones lícitas de hoy no serán mañana sancionadas como ilícitas, o si serán castigadas de una forma completamente diversa a como serían castigadas hoy.[13] El abuso es evidente, y es por ello que el principio de irretroactividad de las penas y sanciones "constituye un principio de derecho natural",[14] inmodificable e indisponible para el legislador. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional Chileno (en adelante, el "TCCh"), quien ha señalado que: "Este principio, universalmente reconocido, surge como suprema protección de los derechos del individuo, ya que asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos".[15]

Los raciocinios anteriores son plenamente aplicables a la situación en estudio. La imposición de la sanción de inhabilidad que hoy contempla el art. 4° de la Ley Chilecompra a agentes que hayan cometido la infracción con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, repugna a la equidad, a la justicia y a la seguridad jurídica.[16] La vulneración del principio de la irretroactividad de las penas y sanciones sería evidente. Es por ello que, a nuestro entender, el nuevo art. 4° sólo se puede aplicar a aquellas personas naturales o jurídicas condenadas por hechos ocurridos con posterioridad al 19 de enero del 2008, fecha en que la modificación a la Ley Chilecompra se insertó válidamente en el sistema de fuentes del derecho.

Ahora bien, podría erróneamente sostenerse que el principio de irretroactividad en comento no sería atingente a este tipo de sanción, toda vez que su aplicación estaría constitucionalmente restringida al derecho penal. En efecto, la sanción dispuesta en la ley respectiva no sería de carácter penal, ya que la infracción cometida no tiene el carácter de delito (aun cuando es subsumible dentro del concepto amplio y formal de delito que contiene el art. 1° del Código Penal).[17] En este sentido, podría agregarse que la sanción de inhabilidad no sería propiamente una infracción de tipo criminal, ya que –a diferencia de las sanciones típicamente delictuales– no contiene consecuencias jurídicas

[13] Resulta curioso que el dictamen de la CGR que cuestionamos en este trabajo, aun cuando resuelva el problema desde la perspectiva del derecho común, utilice el argumento de la seguridad jurídica. Este es un punto que celebramos en el dictamen, para el cual la primera interpretación infringe la seguridad jurídica "toda vez que se estaría aplicando un efecto que (las personas condenadas) no pudieron tener en cuenta al momento de configurarse la causal de inhabilidad". CGR. Dictamen N° 59709/2008

[14] Intervención del Sr. Jaime Guzmán E. Actas oficiales de la CENC, Sesión N° 100, p. 14. Ello se encuentra ratificado por la sentencia del TCCh, Rol 46-1987, 21 de diciembre de 1987, considerandos N°s 17, 18, 19, 20, 21.

[15] TCCh, Rol 46-1987, 21 de diciembre de 1987, considerando N° 18.

[16] Profundizaremos sobre este punto más adelante.

[17] El inciso 1° del art. 1° del Código Penal dispone que "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley".

corporales, como la privación o restricción de libertad, y porque las sanciones penales son aplicables exclusivamente a personas naturales, en circunstancias que la sanción en estudio es expresamente aplicable a personas jurídicas.

Consideramos que la objeción señalada no tiene asidero en nuestro sistema jurídico, donde la irretroactividad constituye un principio constitucional vinculante para todas las ramas del derecho cuando se dispone de una sanción, sea o no de carácter penal.[18]

Por lo anterior, la irretroactividad es plenamente aplicable a la inhabilidad que establece el art. 4° de la ley Chilecompra. Para fundamentar lo anterior, analizaremos los siguientes elementos que sustentan nuestra posición: En primer lugar, el concepto de pena y sanción, que es relevante por las razones recién indicadas. En segundo término, los antecedentes derivados de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución (en adelante, la "CENC") y del Acta Constitucional N° 3. Luego, desarrollaremos brevemente la jurisprudencia constitucional favorable a nuestra posición, junto con la Convención Americana de Derechos Humanos. En seguida, estudiaremos a la seguridad jurídica como fundamento del principio constitucional de irretroactividad. Finalmente, examinaremos brevemente los derechos fundamentales reconocidos por la CP que se verían vulnerados de no respetarse el principio de irretroactividad en materia de sanciones.

## 1. El concepto de pena o sanción

Los conceptos de pena o sanción no son exclusivos del derecho penal. Por el contrario, aquellos son propios de las más diversas áreas del derecho, puesto que su naturaleza dice relación con la reacción desfavorable que dispone el ordenamiento jurídico como consecuencia de vulnerar sus normas (siendo este su principal elemento), cualquiera sea el tipo, clase o rama del derecho a que estas últimas pertenezcan.[19] Es por ello que el principio de irretroactividad de las penas o sanciones puede ser aplicado a todas las ramas del derecho.

Este concepto sustantivo de pena o sanción es reconocido por nuestra doctrina y jurisprudencia, e incluso por el uso común del lenguaje. Es así como el diccionario de la Real Academia Española (en adelante, la "RAE") define pena como: "Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los

[18] Sobre la aplicación de garantías penales a la potestad sancionatoria de la Administración, hay variada literatura y jurisprudencia. Véase, entre muchos otros, a ALCALDE (2003) pp. 224-239; AGUERREA (2005) pp. 51-62; ROMÁN (2008) pp. 107-141; BOETTIGER (2009) pp. 558-593; SOTO KLOSS (2009) pp. 413-419; GARCÍA (2009) pp. 353-362.

[19] Esta situación es reconocida por el dictamen de la CGR que analizaremos críticamente más adelante. CGR. Dictamen N° 59709/2008.

responsables de un delito o falta",[20] y sanción como: "Pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores".[21] De esta forma, ambos conceptos apuntan a la reacción del Estado frente a una vulneración del ordenamiento jurídico, sin distinguir áreas o ramas del derecho. Se trata del ejercicio del denominado *ius puniendi* estatal.

Cada vez que el Estado ejerce una actividad de castigo como reacción frente a la infracción del derecho, está ejerciendo este poder punitivo y debe, por lo tanto, observar ciertos principios que limiten su administración arbitraria o contraria a los derechos fundamentales. De esta manera, principios como la legalidad y la tipicidad han sido ampliamente reconocidos. Por supuesto, ello no es patrimonio exclusivo del derecho penal, sino de cualquier rama del derecho que utilice este *ius puniendi*. Tal vez el área donde más se ha tratado esta materia es el derecho administrativo sancionador, razón por la cual se suele decir que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son dos ramas provenientes de un mismo árbol: el poder de castigo del Estado. En efecto, la utilización en esta última área del derecho de los principios derivados del *ius puniendi* ha sido reconocida por la jurisprudencia del TCCh[22-23] y por la doctrina.[24-25-26]

Es así como nuestra doctrina nacional ha adherido a una comprensión amplia de la pena o sanción. Así, por ejemplo, se ha señalado que pena es *"la privación o disminución de un bien individual, como es la vida, la libertad, el patrimonio (penas de muerte, de presidio, de multa), que el Estado impone al sujeto que ha violado un deber jurídico trascendente en mayor o menor grado para el orden social. (...) La pena no busca la ejecución del deber no cumplido ni una prestación equivalente del mismo, sino restablecer la autoridad de la ley, quebrantada en forma irremediable por su violación"*.[27] A su vez, sanción debe entenderse como *"la consecuencia jurídica desfavorable del hecho ilícito, consistente en la privación o limitación de bienes jurídicos fundamentales del infractor"*,[28] o bien, *"el medio*

[20] RAE (2001) p. 1719.
[21] RAE (2001) p. 2020.
[22] Véase TCCh rol 244-1996.
[23] Cabe hacer presente que para el profesor Aldunate existe un "plano de incertidumbre". ALDUNATE (2009) p. 75.
[24] Entre otros, ALCALDE (2003) pp. 228-232; AGUERREA (2005) pp. 53 y 61; GARCÍA (2009) pp. 353-362; BOETTIGER (2009) p. 285.
[25] Esta es la posición mayoritaria, aunque no unánime, en doctrina. BOETTIGER (2009) p. 285
[26] Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse presente que existe autorizada doctrina que cuestiona la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración. SOTO KLOSS (2009) pp. 413-419. La jurisprudencia del TCCh no se ha pronunciado respecto de este punto, "salvo en un par de ocasiones". BOETTIGER (2009) p. 582.
[27] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (1990) pp. 28-29.
[28] WILLIAMS (1999) p. 123.

*compulsivo o punitivo que la ley hace aplicar para imponer su observancia o castigar su infracción"*,[29] o también como *"la consecuencia jurídica que debe soportar el infractor de la norma por haber desobedecido su mandato. Concretamente se entiende por sanción de la norma el mal, sacrificio o daño justiciero a que debe someterse su transgresor"*.[30]

De los ejemplos de definiciones doctrinarios ofrecidos, las normas vulneradas que dan lugar a una reacción del Estado imponen una pena o sanción, independientemente de su naturaleza civil, penal, administrativa, laboral, etc. Más aún, observamos que el art. 4° de la Ley Chilecompra es plenamente una pena por cuanto no busca imponer una prestación equivalente, o de alguna forma reparar, el daño hecho por la práctica antisindical o la vulneración de derechos del trabajador. Por el contrario, se trata de un verdadero castigo que en nada beneficia a las víctimas de la respectiva infracción.

Nuestros tribunales de justicia también han adherido a este concepto amplio de pena, señalando en relación a una pena administrativa que "tal tipo de castigo funciona en la ley como sanciones ejemplarizadoras e intimidatorias para lograr el acatamiento de ella y no como indemnización".[31]

Por otro lado, el propio legislador ha adherido a lo que sostenemos en reiteradas ocasiones. Es así como nuestra legislación contiene muchísimos ejemplos de cómo los conceptos de sanción y pena se utilizan de manera amplia, fuera de la órbita estricta del derecho penal. La misma sanción de nulidad es habitualmente descrita en estos términos (tanto la de derecho civil como la de derecho público). Otros ejemplos de lo anterior pueden apreciarse en el Código de Comercio (Mensaje y arts. 163, 201, 372, 406, entre otros); en el Código Civil (arts. 204, 400, 411, 604, 948, 1535, entre otros); en la propia CP (art. 19 N° 7 letra g); en el Código de Procedimiento Civil (Mensaje, art. 9, 88, 162, 478, 714, entre otros); en el Código Orgánico de Tribunales (Arts. 322, 465, 494, 496, 539, entre otros); en el Código del Trabajo (art. 193); en el Código de Minería (arts. 23, 118, entre otros); en el Código de Aguas (arts. 173, 217), etc.

Finalmente, cabe destacar que el estudio de la historia fidedigna de la Ley N° 20.238 permite apreciar claramente que la inhabilidad que se estaba agregando al art. 4° de la Ley Chilecompra era considerada como una sanción, ya que se

[29] HUBNER (1984) pp. 391, 392.
[30] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (1990) p. 21.
[31] Sentencia Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 4130, 10 de octubre de 1996, considerando N° 8.

trataba de una reacción destinada a castigar la vulneración de la ley por parte de las empresas.[32]

No cabe duda que las sanciones o penas no son privativas del derecho penal, y que la inhabilidad del nuevo art. 4° es una sanción o pena.[33] Por tanto, mal puede excluirse del principio de irretroactividad de las sanciones o penas, el cual tiene una validez general para todo el ordenamiento jurídico. Esta afirmación se ve claramente confirmada por el conjunto de antecedentes y fuentes que examinaremos en párrafos subsiguientes.

## 2. El Acta Constitucional N° 3 y las Actas Oficiales de la CENC

El Acta Constitucional N° 3 sirve de antecedente a las normas respectivas de la CP de 1980, hoy vigente, sobre todo si se considera que esta Acta establecía una norma similar a la del actual art. 19 N° 3 inciso séptimo (ya reproducido), en su primitivo art. 1°, N° 3, inciso séptimo, que establecía:

> *"En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".*

Si confrontamos la disposición recién transcrita con el texto constitucional hoy vigente, que ya reproducimos más arriba, puede advertirse que el texto actual eliminó las palabras "En las causas criminales". Lo anterior se debe justamente al carácter restrictivo del principio de legalidad e irretroactividad de las penas y sanciones. En efecto, del estudio de las Actas Oficiales de la CENC se deduce que el texto de nuestra CP varió respecto del arriba consignado a partir de una intervención de Luz Bulnes Aldunate, quien fuera miembro de dicha comisión. Ella señaló que la expresión eliminada era "muy limitativa, de suerte que la garantía no cubriría el caso en que debiera aplicarse una pena como consecuencia de una causa civil, como podría serlo, por ejemplo, aquella en que se solicitara una indemnización de perjuicios".[34]

En consecuencia, debe entenderse que la CP amplió el ámbito de la prohibición de retroactividad de penas y multas, desde el contexto de los procesos

[32] Este espíritu se encuentra repetidamente a lo largo de la tramitación de la Ley N° 20.230, incluso desde sus inicios. Véase, a modo de ejemplo, el considerando 5ª de la moción parlamentaria respectiva.

[33] El mismo Código Penal otorga algunas luces acerca del concepto de pena en sus arts. 18, 20, 21, 22, 25, 27-31, 38-44 y 59. En efecto, la inhabilidad para realizar ciertas conductas, como conducir vehículos, ejercer derechos políticos o desempeñar cargos y oficios públicos, es vista como una *pena* y, también, como una *pena accesoria*.

[34] Intervención de la Sra. Luz Bulnes A. Actas Oficiales de la CENC, sesión N° 399, p 3151.

criminales, a todo tipo de procedimiento judicial, e incluso a situaciones extra-jurisdiccionales. Lo mismo se desprende de otros antecedentes ofrecidos por la historia fidedigna de la CP.[35]

Por otra parte, el análisis de estas actas demuestra que no obstante haberse usado la palabra "delito", el art. 19 N° 3 inciso séptimo antes transcrito tiene una aplicación amplia.[36] Ilustran a este respecto las palabras de Alejandro Silva Bascuñán:

> *"el principio de que nadie debe ser juzgado ni condenado por una ley que sea promulgada después del hecho, es una norma que no sólo recae en las causas que tengan carácter criminal, que sean del tipo de la jurisdicción criminal y, por lo tanto, de la jurisdicción ordinaria penal, sino que es un tipo de precepto que se refiere al carácter sancionatorio, es decir a la calidad de castigo. Le parece que respecto de todo castigo, cualquiera que sea su configuración, que importe la privación, en alguna forma, de los derechos de la persona como sanción por la infracción de la ley, debe aplicarse la misma norma".*[37]

La opinión precedente fue confirmada por los demás miembros de la CENC,[38] situación que finalmente se plasmó en un acuerdo expreso: "hay opinión coincidente de *todos* los miembros de la CENC, en el sentido de considerar la situación de *todas* las leyes sancionatorias y no sólo las de orden criminal" (cursivas son nuestras).[39-40]

De esta forma, resulta claro que la norma constitucional en comento cubre cualquier clase de sanciones, pues lo importante no es qué tipo de norma legal establezca la pena, o qué tipo de juez la aplique, sino la pena en sí misma, independientemente de su naturaleza civil, laboral, penal o incluso constitucional. El principio de irretroactividad de las sanciones o penas rige, por tanto, para la inhabilidad consagrada en el nuevo art. 4° de la Ley Chilecompra.

[35] Véase las Actas oficiales de la CENC, Sesión N° 100, pp. 14 y ss.

[36] Sobre un estudio particular respecto a las actas de la CENC, puede verse AGUERREA (2005) pp. 51-62.

[37] Intervención del Sr. Alejandro Silva B. Actas oficiales de la CENC, Sesión N° 113, p. 6.

[38] Ello consta de las Actas Oficiales de la CENC, Sesión N° 113. En efecto, los comisionados Ortúzar y Ovalle señalan que la palabra "condena" incluye sentencias penales y civiles (pp. 6-7). Lo mismo señala el Sr. Guzmán E. (p. 8). Por su parte, el Sr. Diez dice que "´condenado´ se refiere no solamente a las causas criminales, sino que a cualquiera causa que implique una sanción" (p. 9. Lo mismo repite en la p. 12).

[39] Lo advierte el Sr. Ortúzar (Presidente). Actas oficiales de la CENC, Sesión 113, p 10.

[40] Para una apreciación adecuada del debate en la CENC, véase la evolución plasmada en las sesiones 102, 103, 112 y 113.

### 3. La Jurisprudencia del TCCh

El TCCh, intérprete final de la CP, se pronunció sobre este asunto en la sentencia rol N° 46. Dicho fallo señala expresamente que el principio *nulla poena sine lege* se aplica más allá del derecho penal, adoptando la posición ya enunciada en la CENC en cuanto a que lo relevante es la sanción en sí, no el tipo de norma jurídica o el juez que la imponga. En el caso en comento, se aplica el principio de irretroactividad de las penas a las consecuencias establecidas para la violación del antiguo (hoy derogado y reemplazado por un nuevo texto) art. 8° de la CP, dado su carácter eminentemente sancionatiorio.[41]

Posteriormente, el TCCh ha reafirmado la universal aplicación del art. 19 N° 3 en su conjunto, señalando que los principios contenidos en él *"se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátese de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la CP, o los derechos asegurados en el art. 19 N° 3".*[42]

Esta sentencia citada ha sido coherente con la jurisprudencia del TCCh en la identificación de las garantías derivadas del *ius puniendi* estatal al derecho administrativo sancionador.[43-44] Esta jurisprudencia ha sido ampliamente comentada por la doctrina.[45]

### 4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos[46]

Este tratado internacional, ratificado por Chile y vigente en su territorio, establece una norma similar a la contenida en nuestra CP. En efecto, su art. 9° dispone, en la parte pertinente, que:

> *"Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".*

[41] Sentencia del TCCh, Rol 46-1987, 21 de diciembre de 1987, considerando N° 18.
[42] Sentencia del TCCh, Rol 437-2005, 21 de abril de 2005, considerando N° 17.
[43] En esta materia, resulta ya emblemática la sentencia del TCCh rol 244-1996, ya citada en este trabajo.
[44] Sin embargo, para el profesor Aldunate existiría un plano de incertidumbre respecto de la aplicación del art. 19, N° 3. Véase ALDUNATE (2009) p. 75.
[45] Tal vez el trabajo que mejor resume la jurisprudencia del TCCh es el de BOETTIGER (2009) pp. 582-593. Otros trabajos que sistematizan esta jurisprudencia son GARCÍA (2009) pp. 360-362; ALDUNATE (2009) pp. 71-75.
[46] También denominada "Pacto San José de Costa Rica" o simplemente "Pacto San José", la Convención Americana fue publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de enero de 1991.

Al igual como lo hemos hecho a nivel doméstico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido una amplia aplicación a la disposición precedente. Más allá de la utilización de un lenguaje propio de penalistas, el cual se atribuye a su origen histórico como principio de derecho penal, la garantía de la irretroactividad se extiende a otras formas de sanción distinta a la penal. Es así como dicha Corte ha fallado que:

> *"La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva".*[47]

El criterio anterior fue confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Canese vs. Paraguay*, donde afirmó que:

> *"los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo".*[48]

## 5. La seguridad jurídica como fundamento del principio de irretroactividad

El vínculo entre este principio de seguridad jurídica con la irretroactividad de las sanciones ha sido reconocido por el máximo intérprete de la CP. En efecto, es el propio TCCh quien ha sostenido que:

> La retroactividad *"conduce a aceptar un estado de inseguridad jurídica que impide a los individuos un desarrollo integral de su personalidad frente al temor que naturalmente conlleva el no saber con certeza las consecuencias jurídicas de sus actos por la eventual aplicación de penas, o sanciones constitucionales que se asemejan a ellas".*[49]

La seguridad jurídica no sólo debe ser entendida como un valor o principio general del ordenamiento jurídico, sino también como un verdadero "derecho

[47] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Baena Ricardo vs. Panamá", 2 de febrero de 2001, párrafo N° 106.
[48] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Ricardo Canese vs. Paraguay", 31 de agosto de 2004, párrafo N° 176. Esto ya lo había señalado la misma Corte en el caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafo N° 177.
[49] Sentencia del TCCh, Rol 46-1987, 21 de diciembre de 1987, considerando N° 22.

público subjetivo universal" consagrado en el art. 19 N° 26 de la CP.[50-51-52] Este derecho es un obstáculo y un marco orientador para la retroactividad de la ley. En efecto, no puede existir seguridad jurídica alguna si una persona se encuentra expuesta a que sus actos, y las consecuencias de los mismos, puedan ser reevaluados por el legislador a cada momento. En así como la retroactividad impide concebir cualquier situación jurídica como consolidada, dotando las relaciones jurídicas de una precariedad, inestabilidad y confusión inaceptables. Es por ello que la doctrina señala que la seguridad jurídica constitucionalmente garantizada comprende la regla general de la irretroactividad del ordenamiento jurídico,[53] o si se quiere, que aquella sería el fundamento último de esa.[54]

## 6. Los derechos fundamentales como sustento del principio constitucional de irretroactividad en materia sancionatoria

Una eventual ley retroactiva podría afectar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Por esta razón, la prohibición de operar hacia el pasado es coherente con la protección de los mismos. Así, los derechos fundamentales se convierten en un argumento más para defender la irretroactividad de la ley.

En general, podría pensarse que todos los derechos fundamentales son susceptibles de ser afectados por una sanción, razón por la cual este fundamento de la irretroactividad en materia sancionatoria cobra una especial relevancia. Sin embargo, en este apartado sólo enunciaremos aquellos que, a nuestro juicio, se afectan más directamente por la medida de la inhabilidad para contratar con el Estado, que es justamente el problema que es objeto de este estudio.

Así, creemos que la imposición de una inhabilidad retroactiva para contratar con el Estado es susceptible de afectar el ejercicio de los siguientes derechos:

[50] Esta disposición constitucional asegura a todas las personas: *"Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*.

[51] CEA (2004) p. 605.

[52] Otro autor, Gustavo Fiamma, sostiene que detrás del art. 6° de la CP existe un derecho a vivir en un Estado de Derecho. De esta manera, el respeto al ordenamiento jurídico se transforma en un derecho fundamental subjetivo, aunque su fuente es objetiva. Así, se puede extraer de lo dicho por este profesor que el derecho a la seguridad jurídica es una realidad en nuestra CP. Cabe hacer presente que el objetivo del trabajo de este autor es legitimar la existencia de una acción pública de nulidad de derecho público. Véase FIAMMA (1990) pp. 7-12.

[53] CEA (2004) p. 606.

[54] GARRIDO (1997) p. 106.

### *i. La igualdad ante la ley en su dimensión de irretroactividad de las penas y sanciones (art. 19 N° 3 de la CP)*

En relación al derecho a no ser castigado con una sanción que no haya sido expresamente establecida por una ley con anterioridad a los hechos que la merecen, nos remitimos a lo ya desarrollado en este trabajo.

### *ii. El derecho de propiedad (art. 19° N° 24 de la CP)*

Cabe recordar que la norma constitucional protege el dominio en *"sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales"*, otorgando adecuado resguardo a los derechos adquiridos de las personas, incluyendo sus derechos personales o créditos. En el caso de los proveedores del Estado, ellos tienen incorporado a su patrimonio el derecho de ofertar y el derecho de participar en contratos con los órganos del Estado a través del sistema Chilecompra, los cuales encontraban su consagración legal en los art. 4° de la Ley Chilecompra (habilitación general para contratar con la Administración) y el art. 9° de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado (principio de libre concurrencia de los oferentes a los procedimientos concursales para la celebración de contratos administrativos). En el caso de aquellos proveedores que, a la fecha de la entrada en vigencia de la modificación legal tuvieran contratos ya celebrados, ellos ya tendrían incorporados a sus patrimonios los derechos de los contratos celebrados con el Estado.

Cabe destacar a este respecto que el derecho de propiedad ha sido expresa y repetidamente reconocido por el propio TCCh como un límite a la retroactividad de las leyes, señalando que: "En materia civil, no puede, por medio de la retroactividad de la ley, violar la garantía constitucional del derecho de propiedad en sus diversas especies que consagra en la actualidad el artículo 19, N° 24, de la Constitución vigente".[55] Esta opinión es compartida por la doctrina,[56] e incluso encuentra fundamento en las actas de la CENC.[57]

[55] Sentencia del TCCh, Rol 12-1982, de fecha 16 de julio de 1982, considerando N° 16. Asimismo, véase la sentencia del TCCh, Rol 15-1982, de fecha 29 de noviembre de 1982, considerando N° 3.

[56] Véase a modo ejemplar SILVA (2006) pp. 165-166; VODANOVIC (2003) p. 131; DUCCI (2005) p. 69; ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (1990) pp. 215 y 251-252; VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA (1999) p. 310; ETCHEVERRY (1999) p. 141.

[57] Consta en las Actas Oficiales de la CENC que, a propósito del debate que tuvo lugar con la irretroactividad en materia penal, y a propuesta del Sr. Alejandro Silva Bascuñán, se discutió la posibilidad de interpretar la norma del actual art. 19 N° 3, como extensiva a materias civiles. Finalmente, la CENC estimó que esta materia debía ser objeto de un análisis más acabado con ocasión del estudio del derecho de propiedad, debido a que la razón civil se debía a la protección de los derechos adquiridos entendidos como cosas incorporales. Véase la sesión N° 103, pp. 11, 18, 21, 22; la sesión N° 113, pp. 5-12; la sesión N° 149, p. 11; la sesión N° 399, pp. 3151, 3152.

### *iii. La libre iniciativa económica (art. 19 N° 21 de la CP)*

Cabe considerar que para muchos proveedores el Estado es su principal, si no único, comprador. Incluso para quienes poseen diversos clientes, el Estado suele ser un agente de la mayor importancia dado su enorme poder de adquisición material. Más aún, la actividad empresarial exige previsión y adquisición de una serie de obligaciones legales y financiaras (e.g., obtención de créditos, contratación de personal). Es por ello que imponer retroactivamente una sanción como la que establece el art. 4° de la Ley Chilecompra puede ser devastador. En efecto, en algunos casos la magnitud del daño a que se expone al proveedor puede ser tal, que la vulneración al derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita se hace evidente.

Por supuesto, creemos que este derecho puede ser limitado por la ley si se invoca alguna causal autorizada expresamente por la CP. Sin embargo, estos límites no pueden operar retroactivamente, ya que al momento en que la conducta se desplegó los mismos no eran contrarios a la libertad económica. El propio art. 19, N° 21, dispone que el ejercicio del derecho debe respetar las normas legales que lo regulen. Pues bien, si el eventual proveedor incurrió en una práctica antisindical o en un menoscabo a los derechos de los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva inhabilidad, entonces no puede ser sancionado en su actividad económica (sin perjuicio de las otras sanciones que impone la legislación laboral). Ello se debe a que, al incurrir en la infracción de una norma que no está vigente aún, el eventual proveedor no está faltando al deber de someterse al orden jurídico establecido. Mal puede aplicarse una sanción si no se ha faltado a ningún imperativo jurídico. Si no hay derecho legislado, entonces menos puede existir una falta al mismo.

### *iv. El derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, el derecho genérico a la no discriminación y el derecho a no ser discriminado por el Estado en materia económica (art. 1°, inciso 5°, y art. 19 N°s 2 y 22 de la CP)*

Una aplicación directa de estas garantías es la facultad de competir en los concursos y modalidades necesarios para contratar con el Estado.[58] Esta dimensión de los derechos en cuestión ha sido expresamente recogida por la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo art. 9° dispone expresamente que:

> *"Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley.*

[58] BARRA Y CELIS (2009) pp. 56-57.

*"El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo".*[59]

Del mismo modo, el comienzo del art. 4° de la Ley Chilecompra establece el principio general en la materia (reforzado en materia de licitaciones públicas por el art. 7° a) de la misma ley), disponiendo que:

*"Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común".*[60]

Debe señalarse que los principios de la licitación pública se relacionan con los derechos fundamentales. Entre dichos principios encontramos la libre concurrencia de los oferentes (que se relaciona con el derecho a la igualdad de los licitantes), y el principio de la igualdad ante las bases que rigen el contrato.[61]

La aplicación retroactiva que objetamos en este trabajo tendría como efecto directo la violación de las normas legales antes transcritas, y de los derechos constitucionalmente garantizados que ellas suponen, los que constituyen el fundamento jurídico de los principios indicados (libre concurrencia e igualdad ante las bases). En efecto, se impediría a los proveedores el concurrir libremente a los concursos administrativos, aun cumpliendo con las condiciones financieras y técnicas correspondientes, en circunstancias que otras entidades de iguales calidades, pero quienes no han sido víctimas de una situación tan anómala como lo es la aplicación retroactiva de una norma, pueden continuar concurriendo a tales concursos con total libertad. La discriminación es evidente, peor aún en cuanto es el resultado de una situación completamente excepcional en derecho como es la retroactividad.

En definitiva, no cabe duda alguna que la aplicación retroactiva de la nueva inhabilidad del art. 4° de la Ley Chilecompra no cumple con una de las exigencias básicas de toda retroactividad, cual es la no vulneración de derechos fundamentales. Muy por el contrario, esta retroactividad causaría la abundante, severa y simultánea vulneración de diversos derechos fundamentales. Evidentemente, una visión finalista y armónica de nuestra CP y de nuestro sistema jurídico no puede permitir tamaña injusticia.

[59] Cabe señalar que el mecanismo de licitación pública es la regla general en materia de contratación administrativa. El resto de los mecanismos son excepcionales. BARRA Y CELIS (2009) pp. 50 y 56-57.
[60] Sobre los mecanismos de contratación correspondientes, véase BARRA Y CELIS (2009) pp. 43-105.
[61] Véase BARRA Y CELIS (2009), p. 51, y la jurisprudencia administrativa que allí se cita.

## III. Naturaleza y excepciones del principio de irretroactividad en materia sancionatoria

De acuerdo a lo analizado previamente, es claro que el principio de irretroactividad en materia sancionatoria cuenta con un sólido fundamento constitucional. Sin perjuicio de ello, debe reconocerse que a la vez de un principio de irretroactividad es, también, un principio general del derecho. Así lo ha reconocido la propia CGR[62] y la doctrina proveniente de las más distintas ramas del derecho. Es así como Carlos Ducci, distinguido civilista, ha señalado que dicho principio, reflejado en el art. 9° del Código Civil, ya reproducido en este trabajo, "no se aplica solamente a las leyes civiles, sino a la legislación toda, por lo tanto, es un principio general de nuestro derecho".[63] Por su parte, penalistas de la estatura de Gustavo Labatut,[64] Alfredo Etcheberry[65] y Eduardo Novoa Monreal,[66] coinciden en la misma postura. Es así como el ex Ministro de la Corte Suprema, Enrique Cury, señala expresamente que "No sólo en materia penal, sino con carácter de generalidad impera este criterio en nuestra legislación".[67] Más aún, se trataría de un principio de importancia cardinal.[68] Tanto es así, que ha sido denominado como *"la 'estrella polar' de los caminos del derecho"*.[69]

El hecho de que la irretroactividad goce de esta doble dimensión (principio general y tipificación expresa en la CP) no es menor. En efecto, cuando la CP reconoce un principio general, "tales principios adquieren el más alto rango normativo al servicio de su función informadora del ordenamiento (...)".[70] Cuando la CP consagra principios no realiza "meros consejos programáticos o nobles aspiraciones del constituyente, sino que (los principios se tratan) de verdaderos preceptos vinculantes que imponen, de un modo directo, obligaciones específicas y definidas tanto al poder público como a los administrados".[71]

En razón de lo anterior, cada vez que aplicamos este principio debemos tener presente que ello no obedece sólo al hecho de estar contenido expresamente

[62] Dictámenes de la CGR, N° 6986/2006 y 26634/1993. Véanse además los dictámenes citados por la propia CGR en el Dictamen N° 59709/2008.
[63] DUCCI (2005) p. 68.
[64] LABATUT (2000) p. 50.
[65] ETCHEBERRY (1999) p. 142, quien adicionalmente se refiere a algunos antecedentes históricos del principio de irretroactividad.
[66] NOVOA (2005) p. 184.
[67] CURY (1992) p. 208.
[68] Cabe hacer presente que los principios generales del derecho tienen una especial importancia para todo el ordenamiento jurídico, entre otras cosas, porque sirven como elemento hermenéutico de las normas jurídicas. Véase ALCALDE (2003) pp. 122-146.
[69] MAGGIORE, citado por ETCHEBERRY (1999) p. 142.
[70] ALCALDE (2003) p. 154.
[71] ALCALDE (2003) pp. 154-155.

en la ley (particularmente, en el art. 9° del Código Civil), sino primeramente por tener su fundamento en las razones constitucionales expuestas. Por lo anterior, no corresponde utilizar dicho principio con la exclusiva consideración del derecho común, ya que ello significaría ignorar el verdadero fundamento jurídico de la solución.[72]

Ahora bien, dada la importancia y jerarquía del principio de irretroactividad, la doctrina está conteste en que la retroactividad de las normas jurídicas es siempre una excepción,[73] la cual queda sujeta a ciertos principios copulativos.

1. No puede afectar derechos fundamentales.

2. La retroactividad debe establecerse en forma expresa. El texto legislativo debe contener una mención explícita a la época en que la ley se pretende aplicar. Lo anterior es frecuente de encontrar en las disposiciones transitorias. Hacemos presente que resulta inconveniente (y probablemente de muy dudosa constitucionalidad) el establecimiento de situaciones demasiado amplias o ambiguas, donde se omita la suficiente densidad normativa que entregue certeza jurídica a los involucrados.

3. La retroactividad debe interpretarse restrictivamente. Esto significa que todas las situaciones normativas que no están cubiertas de manera expresa por el legislador, deben entenderse bajo el régimen general de irretroactividad.

Ninguna de las tres restricciones indicadas en el párrafo precedente estaría siendo debidamente observada por la modificación a la Ley Chilecompra si se optara por el "primer" o por el "tercer" camino interpretativo, esto es, por la aplicación retroactiva de la nueva inhabilidad para los proveedores del Estado.

En cuanto a la vulneración de derechos fundamentales, creemos que ello es indudable en razón de lo señalado en la sección precedente.

Más aún, la eventual aplicación retroactiva de la nueva inhabilidad en comento no está expresamente consagrada en la ley. Por el contrario, no existe ningún indicio, por débil que sea, que permita sostener que dicha inhabilidad debe aplicarse retroactivamente. En efecto, el texto del nuevo art. 4° no lo señala.

[72] Como ocurrió con la CGR en el Dictamen N° 59709/2008.

[73] Véase a modo ejemplar SILVA (2006) pp. 165-166; VODANOVIC (2003) p. 131; DUCCI (2005) p. 69; ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (1990) pp. 215-216 y 251-221; VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA (1999) p. 310. Por lo demás, este es el principio lógico que se extrae del art. 9° del Código Civil.

Tampoco lo hace la Ley 20.238, que fue la norma que modificó el texto original del art. 4° de la Ley Chilecompra. No existe una disposición transitoria en aquella ley que permita sostener su aplicación retroactiva. Hemos estudiado exhaustivamente la historia de la Ley 20.238 y no existe antecedente alguno que permita inferir que la intención del legislador era darle efecto retroactivo, no obstante que, por lo demás, la mera remisión a la historia legislativa no sería suficiente si no quedó constancia expresa en el texto de la ley. En definitiva, el requisito para permitir la retroactividad que analizamos bajo esta regla no se encuentra en absoluto satisfecho.

Por las razones anotadas en los párrafos precedentes, no cabe en esta materia la analogía ni la interpretación extensiva, y en caso de duda debe optarse por la no-retroactividad de las normas. La falta de consagración explícita de los efectos retroactivos de la nueva inhabilidad, unida a las perversas consecuencias que se podrían producir para los derechos fundamentales de los proveedores del Estado, impiden todo tipo de interpretación a favor de tal retroactividad. En definitiva, nos parece que la única alternativa de interpretación razonable del art. 4° en comento, es la irretroactividad estricta.

No obstante todo lo señalado, la CGR ha interpretado el art. 4° utilizando el "tercer" camino interpretativo, o irretroactividad atenuada, cuestión que analizaremos críticamente en el siguiente capítulo.

## IV. La interpretación de la CGR

Mediante el Dictamen N° 59709/2008, de fecha 17 de diciembre de 2008 ("el Dictamen"), la CGR interpretó que la norma no produce efectos retroactivos, pero sólo respecto de las causas en que se haya dictado una condena. Respecto de aquellas que aún no tengan condena, la norma opera retroactivamente, aun cuando la conducta infraccional se haya cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva inhabilidad para contratar con la Administración.

Debe tenerse presente que el Dictamen fue hecho como respuesta a la presentación efectuada por el Director de Compras y Contratación Pública, quien manifestó dudas respecto de la aplicación temporal de la modificación a la ley citada. Justamente, el destinatario del dictamen es esta misma autoridad. De allí la importancia de esta jurisprudencia administrativa, ya que el artículo 4° en comento tiene precisamente por objeto inhabilitar para la participación en los procesos de adquisición que se realizan a través de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que es la vía por la cual la mayor parte de los organismos públicos realizan sus adquisiciones.

Los contenidos fundamentales del Dictamen son los siguientes: 1. La inhabilidad del artículo 4" de la Ley Chilecompra no es una pena o sanción; 2. Debe utilizarse el principio de irretroactividad general contenido en el Código Civil, apoyando esto en el principio de seguridad jurídica; 3. La irretroactividad sólo opera respecto de las condenas ejecutoriadas, y no respecto de las conductas que aún no tienen condena.

1. La CGR entendió que la inhabilidad para contratar introducida por la modificación no forma parte del "régimen sancionatorio, el cual importa, en general, una consecuencia desfavorable originada a causa de una infracción al ordenamiento jurídico que conlleva una afectación de derechos de aquel a quien se aplica".[74]

Como ya discutiéramos extensamente en este trabajo, las más distintas fuentes del derecho están de acuerdo en afirmar la naturaleza amplia de las penas o sanciones en nuestro derecho. Creemos, por tanto, que la CGR se equivoca al decir que la inhabilidad no es una especie de pena o sanción. Por otra parte, si se sigue el mismo criterio de la CGR en cuanto al concepto de sanción, o "régimen sancionatorio", ya reproducido en el párrafo anterior, puede observarse una contradicción. En efecto, la inhabilidad importa una consecuencia desfavorable para el particular afectado, ya que no podrá contratar con el Estado. Asimismo, ello se produce por causa de una infracción al ordenamiento jurídico, cual es, la práctica antisindical y el menoscabo a los derechos de los trabajadores. Ambos aspectos se encuentran prohibidos y sancionados por el ordenamiento jurídico. Y finalmente, la inhabilidad para contratar con el Estado implica efectivamente una afectación en el ejercicio de ciertos derechos, tal como lo demostramos en el capítulo anterior. En otras palabras, la propia definición de régimen sancionatorio que ofrece la CGR calza plenamente con la inhabilidad del artículo 4° de Chilecompra.

2. Un segundo aspecto importante del Dictamen que comentamos es que para resolver la presentación utiliza el principio general de irretroactividad contenido en el Código Civil. Así, la CGR no resuelve el problema considerando las garantías propias del régimen de sanciones, sino que a través de las normas generales del derecho común, en particular utilizando el art. 9° de dicho cuerpo legal, por el cual "la ley sólo podrá disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo". Como la norma sometida al análisis de la CGR no contiene una disposición especial que resuelva el problema, debiera –en esta lógica– aplicarse el art. 9° recién transcrito, ya que la irretroactividad es de carácter general y la retroactividad es la excepción. De esta manera, la

[74] CGR. Dictamen N° 59709/2008.

retroactividad es de derecho estricto, y su aplicación sólo puede extenderse a las materias expresamente señaladas por el legislador.[75]

Nos parece que el enfoque que sigue la CGR es equivocado. En efecto, el principio general contenido en el art. 9° del Código Civil puede resultar aplicable, pero no sólo porque tenga su fuente en dicho cuerpo legal, sino primeramente porque tiene su fundamento en los valores y principios constitucionales. De esta manera, es la CP la que resuelve el problema de la los efectos de la ley en el tiempo cuando estamos en presencia de un régimen sancionatorio, y no el propio legislador. Esta afirmación es muy importante para el sistema de fuentes del derecho, la que la CP es la norma de jerarquía suprema y, por consiguiente, el legislador debe adaptar su acción a ella. Si se dijera que la irretroactividad en materia de sanciones sólo tiene un rango legal (por estar contenida en el Código Civil) entonces las personas quedarían indefensas frente al legislador.

Una de las características más importantes de la constitucionalización del derecho ha sido la elevación de algunos principios propios de ciertas ramas del derecho a la jerarquía constitucional.[76] Uno de tales casos es el del principio de irretroactividad de las sanciones o penas, el cual nace dentro de la rama penal, para luego ser consagrado en nuestra CP. Dicho fenómeno ha permitido su aplicación a otras ramas del derecho, distintas al derecho penal, en la medida que se trata de situaciones que responden a la misma razón de protección de derechos fundamentales. Es así como hoy es el constituyente, y no el legislador, quien demarca la aplicación del principio de irretroactividad de las penas y sanciones.

Sin perjuicio de lo anterior, hay un aspecto de la utilización del principio de irretroactividad que destacamos: que se invoque el principio de seguridad jurídica como sustento de este último. Ello nos parece de toda lógica. Este es un punto que celebramos en el dictamen, para el cual la primera interpretación infringe dicho principio "toda vez que se estaría aplicando un efecto que (las personas condenadas) no pudieron tener en cuenta al momento de configurarse la causal de inhabilidad".[77] No obstante lo anterior, y según explicamos en el segundo capítulo de este trabajo, la seguridad jurídica es también un derecho fundamental, razón por la cual tiene su fuente en la CP. Por ello, llama la atención que el dictamen no tenga ninguna mención a la CP.

[75] Este mismo razonamiento lógico ha sido empleado por la propia CGR en varias oportunidades. En efecto, y como la misma CGR lo señala, en el dictamen citado, véanse los dictámenes N°s 19325/2000, 14079/1998, 10789/1993 y 25606/1993.

[76] Sobre la constitucionalización del derecho, véase una obra ya clásica entre los constitucionalistas: FAVOREU (2001). Sobre una visión crítica, véase CORREA (2009).

[77] CGR. Dictamen N° 59709/2008

3. La CGR entendió que la irretroactividad sólo opera respecto de las condenas ejecutoriadas, y no respecto de las conductas que aún no tienen condena.

Esta es, sin lugar a dudas, la parte más sorprendente y difícil de explicar del Dictamen en estudio. En efecto, la razón más profunda de la irretroactividad es permitir a las personas ordenar sus conductas conforme al derecho, y más generalmente, poder prever las consecuencias de sus actos. Es así como los particulares son dueños de decidir los comportamientos que realizan, ajustando los mismos al derecho aplicable. Si el derecho no lo sanciona, entonces puede desplegar su conducta de acuerdo al principio de autonomía. Por eso, para estos efectos, es el momento en que se produjo el comportamiento específico el que interesa, y no la oportunidad en que el juez se pronunció sobre aquel.

Tomar la condena como momento para determinar la irretroactividad es introducir un elemento que el particular no puede controlar, lo que justamente vuelve a producir problemas de seguridad jurídica que contradicen lo señalado en el punto dos precedente. Esta perspectiva hace que, en los hechos, igual opere la retroactividad respecto de las situaciones que ya ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la ley. Se produce el absurdo de que el particular no pudo prever cómo iba a ser juzgado, porque no conocía la ley aplicable.

Si aceptamos que la irretroactividad tiene fundamento en la seguridad jurídica (como lo hace efectivamente la CGR) y en los derechos fundamentales,[78] esta opción interpretativa es del todo contradictoria.

Desde otro punto de vista, se puede afirmar que el resultado de la interpretación de la CGR no representa de manera fiel los principios y derechos constitucionales que deberían inspirar al intérprete de normas legales. En efecto, creemos que dichas normas legales deben ser interpretadas conforme al sentido que mejor convenga al sistema constitucional por cuanto todas las normas deben encontrar un fundamento en los valores de la norma suprema. Lo anterior se debe a que, y como lo dispone el art. 6° de la CP, los órganos del Estado (incluyendo el legislador) "deben someter su acción a la CP y a las normas dictadas *conforme a ella*" (la cursiva es nuestra).

Pues bien, si las normas no están dictadas conforme a la CP, entonces los órganos del Estado no deben someterse a ellas. De esta forma, el valor jurídico de las normas es derivado de su conformidad con la CP. De allí que el principio de interpretación conforme a la Carta Fundamental deba tener una recepción

[78] Sobre el vínculo entre interpretación y derechos fundamentales, véase NOGUEIRA (2006) pp. 137-138.

importante en el intérprete.[79-80-81] Más aún, sabemos que el Capítulo I de la CP, titulado Bases de la Institucionalidad, es la clave interpretativa de la CP y, a través de ella, del sistema jurídico en su conjunto.[82-83] En este contexto, cabe recordar que su art. 1° establece el principio de primacía del ser humano, así como su art. 5° reconoce a los derechos fundamentales como límite a la soberanía y ordena a todos los órganos del Estado su respeto y promoción. Del mismo modo, el propio art. 1° dispone que la acción estatal dirigida al bien común debe respetar plenamente los derechos fundamentales de las personas, lo que constituye un límite y un fin de la acción estatal.

Considerando todo lo anterior, no basta con interpretar la ley sin contradecir la CP, sino que además hay que incorporar en el análisis los razonamientos constitucionales que correspondan de acuerdo a derecho. Por lo anterior, es posible estar de acuerdo con el resultado de una interpretación, pero discrepar de su fundamento.

Ahora bien, considerando que la aplicación de penas o sanciones en forma retroactiva tiene efectos tan perniciosos sobre los derechos de las personas, y volviendo sobre una pregunta que ya tratamos en el capítulo II de este trabajo, ¿cómo sería posible afirmar que el principio de irretroactividad de las penas y sanciones sólo se aplica al derecho penal, y que por tanto la CP niega esa garantía en las demás situaciones jurídicas posibles? Ello nos parece absurdo, al grado de constituir una verdadera vulneración del principio de supremacía constitucional.

En síntesis, consideramos que una interpretación armónica y teleológica de la CP impediría aplicar sanciones y penas retroactivamente en cualquier ámbito del derecho (irretroactividad estricta). Es por ello evidente que el art. 4° de la Ley Chilecompra no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio de los derechos de los particulares que deseen participar de los procesos licitatorios de Chilecompra.

---

[79] Sobre la interpretación conforme, véase NOGUEIRA (2006) pp. 128-135.

[80] Sobre las sentencias interpretativas (o de interpretación conforme), véase ZAPATA (2008) pp. 326-334. Cabe señalar que este autor defiende el uso de esta técnica de control constitucional señalando que debe presumirse que el legislador no quiso contravenir el ordenamiento constitucional. Para ello, construye la teoría de la deferencia razonada, que –para el autor– se sustenta básicamente en dos pilares: la presunción de constitucionalidad de la ley y la autonomía del legislador. ZAPATA (2008) pp. 225-247.

[81] Sobre una revisión de la jurisprudencia constitucional en este sentido, véase la obra de DE LA CRUZ (2007).

[82] Está prohibido interpretar preceptos en un sentido contrario a las Bases de la Institucionalidad, o que afecten un derecho en su esencia. CRUZ-COKE (2009) p. 735.

[83] El "(...) Capítulo I, sobre Bases Fundamentales, constituye el principal criterio orientador para fijar la finalidad de los distintos preceptos constitucionales". ZAPATA (2008) p. 201.

## V. Conclusiones

1. La naturaleza jurídica de la inhabilidad contenida en el art. 4° de la Ley Chilecompra es de sanción o pena. Por consiguiente, al no existir una norma legal expresa que disponga lo contrario, su aplicación no puede ser retroactiva, y sólo rige para condenadas por hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. Lo contrario implicaría la vulneración de una serie de normas constitucionales e internacionales, así como una violación de diversos derechos fundamentales.

2. La retroactividad es esencialmente excepcional, y queda sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos concurrentes: no afectación de derechos fundamentales, enunciación expresa e interpretación restringida. La aplicación retroactiva del art. 4° en comento no cumpliría con ninguno de estos requisitos.

3. Las normas que resuelven los problemas derivados de los efectos de la ley en el tiempo, y en particular el principio de irretroactividad en materia sancionatoria, deben ser interpretadas conforme al sentido que mejor convenga a los valores y principios reconocidos en la CP. La mera aplicación del art. 9° del Código Civil no es suficiente para proteger a las personas de los actos lesivos del legislador.

4. La posición de la CGR (irretroactividad atenuada) es contradictoria y errada en el fondo y en su enfoque. Contradictoria porque afirma que la inhabilidad en estudio no es una sanción, pero luego utiliza una definición de esta última que calza perfectamente a la inhabilidad en comento. Errada en el fondo, por cuanto utilizar el principio de irretroactividad sólo en cuanto a las causas que se encuentren con condenas ejecutoriadas es, en los hechos, reconocer la retroactividad de la sanción. Errada en su enfoque, pues no puede concebirse que este problema sea resuelto sin una argumentación constitucional que sea coherente con los derechos fundamentales involucrados.

## Bibliografía

### 1. Libros

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003): *Los Principios Generales del Derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 278 pp.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2009): *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008. Estudio Selectivo* (Santiago, Legal Publishing) 102 pp.

ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (1990): *Derecho Civil. Partes Preliminar y General* (5ª edición, Santiago, Editorial Ediar Conosur) Tomo I.

BARRA GALLARDO, Nancy, y CELIS DANZINGER, Gabriel (2009): *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras* (2ª edición, Santiago, Legal Publishing) 177 pp.

CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo II, 733 pp.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos (2009): *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae) 744 pp.

CURY, Enrique (1992): *Derecho Penal, parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I, 345 pp.

DUCCI C., Carlos (2005): *Derecho Civil. Parte general* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chille) 448 pp.

ETCHEVERRY, Alfredo (1999): *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II, 387 pp.

GARRIDO MONTT, Mario (1997): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

HUBNER GALLO, Jorge (1984): *Introducción al Derecho* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 428 pp.

LABATUT G., Gustavo (2000): *Derecho Penal* (9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I, 337 pp.

NOGUEIRA A., Humberto (2007): *El Debido Proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (Santiago, Editorial Librotecnia) 530 pp.

NOGUEIRA A., Humberto (2006): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Editorial Librotecnia) 413 pp.

NOVOA M., Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo XI, 313 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing) 788 pp.

UGARTE CATALDO, José Luis (2009): *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador* (Santiago, Legal Publishing). 102 ppp.

VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA (1999): *Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

VODANOVIC H., Antonio (2003): *Manual de Derecho Civil* (4ª edición, Santiago, Editorial LexisNexis) Tomo I, 404 pp.

WILLIAMS B., Jaime (1999): *Lecciones de Introducción al Derecho* (3ª edición, Santiago, Fundación de Ciencias Humanas) 458 pp.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 623 pp.

**2. Artículos de revista, capítulos de libros y otros documentos**

AGUERREA MELLA, Pedro (2005) "El estatuto constitucional de las penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución", en *Conferencias Santo Tomás de Aquino* (Universidad Santo Tomás): pp.51-62.

BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2009): "El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) Año X, N° 20, Tomo II: pp. 577-596.

CORREA, Rodrigo (2009) "Vulgarización por constitucionalización", en *Democracia y Derechos Fundamentales desde la Filosofía Política* (Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile): pp. 35-54.

FAVOREU, Louis (2001) "La Constitucionalización del Derecho", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (Vol. XII): pp. 31-43.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1990). "Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva". *Gaceta Jurídica*, N° 123: pp. 7-12.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio", en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) Año X N° 19 Tomo I: pp. 327-372.

MENDOZA, R., y ODDO, B. (2003): "Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial", en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) Año IV N° 8: pp. 273- 291.

ROMÁN CORDERO, Cristian (2008): "Derecho Administrativo Sancionador: ´¿Ser o no ser? He ahí el dilema`", en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp.107-141.

### 3. Jurisprudencia jurisdiccional

- Corte de Apelaciones de Coyhaique (1996): Rol 4130-1996, 10 de octubre de 1996.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2005): Rol 6025-2004, 4 de agosto de 2005.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2008): Rol 1962-2006, 31 de enero de 2008.
- Corte de Apelaciones de Temuco (2007): Rol 1464-2007, 15 de noviembre de 2007.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso (2004): Rol 4445-2002, 28 de enero de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004): "Ricardo Canese vs. Paraguay", 31 de agosto del 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", 2 de febrero de 2001.
- Corte Suprema (1988): Rol 25.892, 26 de enero de 1988.
- Corte Suprema: Rol 1842-2000.
- Corte Suprema (2005): Rol 4404-2005, 4 de agosto de 2005.
- Corte Suprema (2007): Rol 6618-2006, 27 de marzo de 2007.
- Tribunal Constitucional (1982): Rol 12-1982, 16 de julio de 1982.
- Tribunal Constitucional (1982): Rol 15-1982, 29 de noviembre de 1982.
- Tribunal Constitucional (1987): Rol 46-1987, 21 de diciembre de 1987.
- Tribunal Constitucional (1996): Rol 244-1996, 26 de agosto de 1996.
- Tribunal Constitucional (2003): Rol 376-2003, 17 de junio de 2003.
- Tribunal Constitucional (2003): Rol 388-2003, 25 de noviembre de 2003.
- Tribunal Constitucional (2003): Rol 389-2003, 28 de octubre de 2003.
- Tribunal Constitucional (2005): Rol 437-2005, 21 de abril de 2005.
- Tribunal Constitucional (2006): Rol 479-2006, 8 de agosto de 2006.
- Tribunal Constitucional (2006): Rol 480-2006, 27 de julio de 2006.

Toda la jurisprudencia del TCCh citada se encuentra disponible en www.tribunalconstitucional.cl [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2009]

### 4. Jurisprudencia administrativa

- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 45905 de 1976.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 20991de 1984.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 10789 de 1993.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 25606 de 1993.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 26634 de 1993.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 14079 de 1998.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 19325 de 2000.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 25961 de 2000.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 3858 de 2001.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 6926 de 2001.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 38075 de 2002.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 14571 de 2005.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 33768 de 2005.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 6986 de 2006.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 59709 de 2008.

Todos los dictámenes de la CGR se encuentran disponibles en http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2009]

### 5. Otras fuentes

Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución. Disponibles en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2009]

DE LA CRUZ MILLAR, Alicia (2007): *Decisiones con Reserva de Interpretación y el Tribunal Constitucional Chileno: 20 años evitando la inconstitucionalidad* (Santiago, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile) 171 pp.

Real Academia Española (2001): *Diccionario de la Lengua Española* (22ª edición, Madrid, Editorial Espasa) Tomo II.

# Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile

**José Francisco García G.***
Master y Doctorando en Derecho
UNIVERSIDAD DE CHICAGO
PROFESOR INVESTIGADOR, FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

*"El control económico no es meramente el control de un sector de la vida humana que puede ser separada del resto; es el control de los medios para todos nuestros fines. Y quien quiera que tenga el control exclusivo de los medios determinará también qué fines deben perseguirse, qué valores están más alto y cuáles más bajo y, en otras palabras, en qué se debe creer y por qué se debe luchar".*

*F. Hayek*[1]

## 1. Introducción

El fenómeno de la regulación económica en Chile ha ido de la mano con la tendencia mundial en esta materia. Así, mientras entre la década del 40 y finales de los 70 se observó la expansión del Estado regulador en diferentes ámbitos económicos y sociales; en los 80 y 90 se llevaron a cabo importantes procesos de privatización y desregulación que buscaron revertir la tendencia anterior. Hoy en día, nuestro país se encuentra ante un fenómeno, el regulatorio económico, complejo y sofisticado.

Sin embargo, la complejidad de este fenómeno no cuenta con una dogmática jurídica a la altura del desafío. En un tema eminentemente multidisciplinario,

* Quisiera agradecer la destacada participación del ayudante Juan Pablo Schnake Ferrer en la preparación de este artículo, como asimismo los permanentes consejos y sugerencias de Arturo Fermandois en estas materias. Este artículo es una de las publicaciones derivadas del proyecto "La regulación económica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en el marco del concurso de Fondos de Investigación UDD 2009 y parte de mi tesis de Magíster de Derecho Público UC.

[1] HAYEK (1991) p. 92.

que requiere del concurso de áreas relevantes de las ciencias sociales, como la economía y la ciencia política, existe un déficit notorio en la comunicación entre la dogmática jurídica y otras ciencias sociales. Ello es problemático dado que no existe mayor conexión en aspectos básicos.[2]

Sin ir más lejos, hay ciertas preguntas que no encuentran respuesta en la dogmática jurídica nacional. Por ejemplo, ¿cómo entender los esfuerzos permanentes de ciertas industrias, sectores productivos, colegios profesionales, gremiales o sindicatos para la obtención de subsidios, franquicias tributarias o la imposición de barreras a la entrada de los competidores? o ¿cuáles son las razones de bien común que permiten justificar un trato diferenciado, frente a igual capacidad, en la prestación de algunos servicios que pueden prestar oftalmólogos y optometristas, en una sociedad que garantiza la libertad económica?¿cómo distinguir entonces las posibles razones de bien común (e.g., "la protección de los consumidores") de las razones de interés privado (e.g. *lobby* del grupo respectivo para el establecimiento de barreras de entrada para nuevos competidores)?

Si nuestra dogmática está construida sobre la base de una suerte de optimismo combinado de republicanismo y *ius naturalismo*, esto es, que los marcos regulatorios generados por la autoridad son producto de un proceso de deliberación democrática profunda, informada, coherente y que tiene por finalidad el bien común, me parece hay un espacio interesante para introducir alguna cuota de escepticismo respecto de cómo nace a la vida del derecho un marco regulatorio.

Ahora bien, si nuestras regulaciones no son puro "bien común" o "interés general", como la teoría económica de la regulación pretende mostrar, y no

[2] Para Ogus, la regulación económica consiste en "los instrumentos legales usados por los gobiernos para inducir a los actores económicos a obtener resultados que, de otra manera, no podrían haber alcanzado si se les hubiera permitido tomar parte libremente en la actividad de mercado". OGUS (2008) p. 104. Para POSNER (1974) p. 335, el término regulación económica, definido apropiadamente, "se refiere a los impuestos y subsidios de todo tipo como asimismo, a controles explícitos legislativos o administrativos sobre precios, la entrada y otras facetas de la actividad económica". Para Ariño, cuando se habla de "regulación" se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar: "Una es la regulación externa, que se ha llamado de "policía administrativa", que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada "regulación económica": ésta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al "quantum" de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste. Nadie ha puesto seriamente en duda la necesidad de la primera, que muy probablemente se intensificará. La que está puesta en cuestión es la segunda. Y no en cuanto a su existencia, sino en cuanto al sentido y fines que con ella se buscan". ARIÑO (1999) p. 553.

tan sólo existen "fallas de mercado" que "corregir", sino que existen "fallas de la regulación", entonces ¿puede haber un espacio "nuevo" o argumentos adicionales de legitimidad a la hora de fundamentar el rol clave que cumple la Constitución, la Constitución Económica (CE), o el Tribunal Constitucional chileno (TCCh) al interior de nuestro ordenamiento jurídico? Si es plausible que determinadas regulaciones tengan por objeto principal entregar beneficios privados a grupos de interés bien organizados, fruto de la captura de los reguladores por parte de una determinada industria y en perjuicio de la sociedad, ¿pueden ser replanteados los argumentos a favor de la defensa del principio de subsidiariedad estatal o la importancia de contar con estándares o parámetros de control exigentes en materia de revisión judicial económica?

Ello nos lleva de suyo a buscar nuevos enfoques para responder con otros argumentos la vieja pregunta que se hiciera el constitucionalismo hace tantos siglos: ¿cómo limitar el poder público para salvaguardar los derechos y libertades individuales? En este caso, con un énfasis particular en materia económica.

Creemos que es posible darle un nuevo sentido y vigor a aquello que Fermandois ha popularizado entre nosotros bajo el concepto de CE[3] como alternativa al viejo concepto de Orden Público Económico (OPE). Ello implica pasar desde una concepción que pone el énfasis en las potestades regulatorias del Estado sobre la economía (OPE), hacia una que, de manera contraria, acentúa los derechos y libertades en el ámbito económico, precisamente garantizando una esfera de autonomía privada frente a los "tentáculos" estatales (CE). Esta mirada, que implica la consolidación de la CE y el abandono del OPE, se enmarca en una tradición libertaria de iuspublicistas chilenos de la que este trabajo se siente parte,[4] y a la que espera entregar argumentos adicionales para lograr su objetivo. Además, bajo una interpretación constitucional sistemática y finalista,[5] seguida por el TCCh, parece una consecuencia evidente.

Guerrero del Río, uno de los padres fundadores de la CE al ayudar e instar su elaboración ante la CENC, sostuvo, con notable claridad:

> *"Entendemos que cuando se habla de buscar la configuración de una nueva institucionalidad, se desea básicamente la preservación de una sociedad fundamentalmente libertaria, en que los individuos sean libres de decidir su destino, con limitaciones sólo en la medida que afecten al bienestar e integridad del*

[3] Ver FERMANDOIS (2006).

[4] Ver, por ejemplo, los trabajos precursores de GUERRERO (1979) e YRARRÁZAVAL (1987) en la materia; como asimismo, AVILÉS (1998) y ARÓSTICA (2001). Ver otros autores con trabajos posteriores al 2000 en FERMANDOIS (2006).

[5] Sobre este método de interpretación constitucional ver ZAPATA (2008).

*resto (...) si se quiere establecer un sistema en que exista libertad y participación amplia, es necesario evitar el estatismo centralizado".*[6]

Como veremos a lo largo de este trabajo, ello va de la mano con los argumentos de la mejor tradición económica que aconseja ser extremadamente prudentes a la hora de entregarle al Estado potestades amplias en materia de regulación económica. Primero, por razones de eficiencia. Ahogar la iniciativa privada es costoso en términos de bienestar social. Segundo, porque el uso de las "fallas de mercado" como justificación para la intervención regulatoria del Estado, debe ser ponderado con las "fallas de Estado" o "fallas de la regulación".

En síntesis, si la Constitución fue desarrollada por el constitucionalismo clásico como un instrumento sofisticado de limitación del poder público, resulta evidente que una CE, debe ser pensada como especie de la anterior. Ello es además coherente con la literatura económica que ha demostrado que existen buenas razones para ser escépticos de confiar ciegamente en categorías como el OPE que suelen ser utilizadas por la autoridad para justificar sus intervenciones en ámbitos de iniciativa privada.

Siguiendo la cita de Hayek que encabeza este trabajo, concordamos que los derechos y libertades en el ámbito económico constituyen *condictio sine qua non* a la hora de pensar en cuán robusta puede ser nuestra democracia y el Estado de Derecho. El control económico que puede hacer, y suele estar tentado a realizar, el Estado sobre los medios de producción y recursos privados, sea en la forma de expropiación, como ocurrió en el pasado, o de manera moderna, a través de tenues, imperceptibles y sofisticadas regulaciones económicas sectoriales, es una amenaza permanente a las libertades individuales. Y no sólo a la libertad económica, como se ha malinterpretado, sino a la libertad política misma.[7] Como sostiene Guerrero del Río: "(...) la libertad económica es consustancial a la democracia, ya que permite o facilita el ejercicio del resto de los derechos que un sistema democrático asegura a los habitantes del país".[8]

Y es que la regulación económica es en la actualidad, parafraseando a Hayek, *el camino a la servidumbre*.[9] Este instrumento, la mayoría de las veces imperceptible en sus formas, suave en su aplicación y paulatino en su desarrollo temporal, puede tener un potencial devastador respecto de la iniciativa privada, la capacidad de emprender y de crear de los individuos. Ello no es otra cosa que

[6] GUERRERO (1979) p. 83.
[7] Para analizar la relación libertad económica y política ver FRIEDMAN (1962). Entre nosotros ver FONTAINE (1985).
[8] GUERRERO (1979) p. 84.
[9] HAYEK (2000).

la vía por la que actúa el Estado de Bienestar, que entre nosotros los juristas se ha intentado consolidar bajo la idea de Estado Social de Derecho. Ya De Tocqueville, hace casi 200 años, nos advertía sobre sus peligros:

> *"Después de haber tomado así alternativamente entre sus poderosas manos a cada individuo y de haberlo formado a su antojo, el soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera y cubre su superficie de un enjambre de leyes complicadas, minuciosas y uniformes, a través de las cuales los espíritus más raros y las almas más vigorosas, no pueden abrirse paso y adelantarse a la muchedumbre: no destruye las voluntades, pero las ablanda, las somete y dirige; obliga raras veces a obrar, pero se opone incesantemente a que se obre; no destruye, pero impide crear; no tiraniza, pero oprime; mortifica, embrutece, extingue, debilita y reduce, en fin, a cada nación a un rebaño de animales tímidos e industriosos, cuyo pastor es el gobernante. Siempre he creído que esa especie de servidumbre arreglada, dulce y apacible, cuyo cuadro acabo de presentar, podría combinarse mejor de lo que se imagina con alguna de las formas exteriores de la libertad, y que no le sería imposible establecerse a las sombras mismas de la soberanía del pueblo".*[10]

Como sostiene Ariño, desde la perspectiva jurídico-política, la principal consecuencia del Estado Social es que éste se convierte en un Estado *dominador*. Así, Estado de Derecho y Estado Social son hasta cierto punto incompatibles como sistemas conceptuales:[11]

> *"Existe una manifiesta incapacidad conceptual del Estado de Derecho para encauzar o conformar jurídicamente al Estado Social. Ello porque el "Estado de Derecho" garantiza las libertades, los derechos fundamentales, la paz y el orden público; constituye un excelente sistema de defensa frente a las intervenciones del Estado en el ámbito de los bienes o derechos de los ciudadanos. Pero no garantiza en absoluto la sanidad, la educación, la protección frente al desempleo, la protección del suelo, de los ancianos, la cultura, etc. El Estado de Derecho mira al individuo y trata de protegerle frente a las intervenciones limitadoras del Estado. Por el contrario, en el Estado Social, el ciudadano vive del Estado. El Estado no es su agresor, sino su benefactor".*[12]

[10] DE TOCQUEVILLE (2001) p. 634.

[11] Como correctamente sostiene ARIÑO (2004), p. 137, el "Estado Social" (o "Estado Social de Derecho") es la denominación que los juristas damos al llamado "Estado de Bienestar" (*Welfare State*), que es como le llaman los economistas, "y constituye un tipo de modelo de Estado prestador de bienes y servicios, garante de la denominada procura existencial, que se desarrolla en Europa entre 1930-1980. A su vez, la expresión "Estado Social de Derecho" arranca del constitucionalismo alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial, y en 1978, en plena crisis del modelo de Estado Social imperante en toda Europa es recogido, por ejemplo, en el artículo 1° de la Constitución española (Estado social y democrático de derecho)".

[12] ARIÑO (2004) p. 137.

Soto Kloss por su parte, parece advertirnos acerca de que en Chile, en los últimos años el "enjambre de leyes complicadas" de las que habla De Tocqueville, están lesionando las bases fundamentales de la arquitectura constitucional de la CE:

> *"(...) desdibujando(se) a partir de mecanismos aparentemente inocentes pero que han "minado" el campo económico debilitando esas raíces y vaciándolas de contenido; se ha ido destruyendo su savia como un cáncer estatista y totalitario en potencia. Ese "intervencionismo" regulador de las actividades –que impide la actividad de la iniciativa privada– cerca, limita, restringe de mil maneras la libertad para desarrollar la actividad económica lícita (en cualquier ámbito que sea: no sólo empresarial, sino artesanal, educacional, artístico, etc.) y ello bajo la aparente finalidad de bien común, pero que esconde –sin necesidad de ser un genio para descubrirlo– la persistente idea colectivista, probadamente fracasada, de que "lo privado es perverso" y "sólo lo público estatal es lo bueno". Y los mecanismos utilizados, tanto del orden del "legislador" como de la "Administración" (en contubernio deleznable) han tejido una verdadera telaraña de formación, en la cual se debate el ciudadano emprendedor como héroe de tragedia griega, agotado por el destino, en una "agonía"/lucha o combate, en que sólo por la perseverancia (o la "coima", como dicen los más críticos) logra subsistir en su actividad, siempre amenazado (por la voracidad burocrática) de desaparecer".*[13]

En este contexto, y como veremos, corolario necesario de la teoría económica de la regulación y de la Constitución Económica consagrada en la Carta Fundamental, resulta fundamental el rol del TCCh y la judicatura. Como órgano encargado de garantizar el respeto de la supremacía constitucional, cumple un rol clave en la defensa de las garantías económicas individuales: ser en extremo riguroso en la aplicación e interpretación de las regulaciones estatales sobre la actividad económica. Lo anterior dado que más allá de los efectos meramente económicos de la regulación, estamos precisamente en presencia de la afectación, en diversas magnitudes, de derechos y libertades fundamentales, reconocidas tanto por nuestra Carta Fundamental como por la jurisprudencia.

No obstante lo anterior, mejorar la *revisión judicial económica* no sólo es un desafío frente al legislador. Como se verá, ello es también fundamental ahí donde más se le necesita: el esfuerzo de la justicia ordinaria y especializada en ciertos campos regulatorios por aumentar los niveles de escrutinio al controlar la acción administrativa, en particular la de ciertas agencias regulatorias o entes administrativos (e.g., Superintendencias).

[13] SOTO KLOSS (2009) p. 410.

Así las cosas, mejorar la respuesta del juez constitucional y del ordinario, la revisión judicial económica, conlleva múltiples beneficios.

En primer lugar, por la comprensión por parte de éste de la complejidad del fenómeno regulatorio, tanto desde la perspectiva jurídica como desde el aporte de otras ciencias sociales. No podemos dejar de enunciar lo relevante que resulta para una revisión judicial de la regulación económica exitosa el uso de criterios económicos por parte de la misma. Como sostiene el juez Breyer, miembro de la Corte Suprema y eminencia del derecho administrativo americano:

> *"En estas áreas del derecho (regulación económica) estoy entre aquellos que favorecen un mayor uso del razonamiento económico en las decisiones judiciales. La economía no determinará necesariamente el resultado de estos casos, pero si las cortes y los organismos administrativos comprenden bien los aspectos económicos, al menos podrán considerar con más inteligencia cómo inciden en la sensatez de una política pública los ingredientes no económicos".*[14]

En segundo lugar, con el desarrollo de ciertos tests, que pueden contribuir a objetivizar el control que realiza el Tribunal.[15] Estos tests existen en el derecho comparado. Son muy utilizados por la Corte Suprema americana,[16] como también por el Tribunal Constitucional alemán.[17] En tercer lugar, para garantizar y aumentar la certeza jurídica al interior de nuestro ordenamiento. Esta falta de certeza jurídica tiene consecuencias negativas no sólo desde la perspectiva del derecho, sino social: impacto en inversiones, desarrollo económico, etc. Asimismo, esta mejora resulta fundamental desde la perspectiva del control académico (*accountability*) en la labor del TCCh, que no es otro que el análisis profundo de la fundamentación de las sentencias.

Desde la perspectiva del desarrollo de este artículo, el lector encontrará en la sección 2, que exploraremos los diversos enfoques que, desde la economía y la ciencia política, han surgido para explicar la regulación económica. En la sección 3 se analizará la manera en que nuestra dogmática y jurisprudencia constitucional ha enfrentado la regulación económica, centrándose en el concepto de OPE. En esta parte entregaremos argumentos que han dado diversos autores en la tradición libertaria para esgrimir su abandono y reemplazo por el

[14] BREYER (2008) p. 38.

[15] Profundizaremos más acerca de la idea de test en la sección IV de este trabajo.

[16] Por mencionar algunos tests: *Lemon* (para fallar causas en las que está en juego la norma constitucional que prohíbe aprobar una ley que adopte una religión como la oficial del Estado); *Penn Central* (para determinar casos de regulación expropiatoria); *Sullivan* (establece cuándo un funcionario público puede demandar daños por críticas falsas vinculadas a su conducta oficial); *Chevron* (para analizar la interpretación de las leyes realizadas por las agencias gubernamentales); etc.

[17] El más destacado, por cierto, es el de proporcionalidad.

más pertinente de CE. En la sección 4, plantearemos los aspectos conceptuales y aplicaciones que nos parecen más relevantes a la hora de pensar en fortalecer la revisión judicial de la regulación económica. Finalmente, se abordarán en las conclusiones los aspectos más relevantes que han surgido en esta investigación.

## 2. Enfoques económicos de la regulación

En esta sección, se explorará la problemática de la regulación económica desde una perspectiva multidisciplinaria, incluyendo las contribuciones a esta materia desde la economía y la ciencia política, y en algunos casos, su recepción por parte del derecho. En efecto, se analizará lo que es un mercado (competitivo) y las fallas de mercado, estas últimas como justificación de la intervención estatal en la economía. Asimismo, se analizará la evolución de las diversas teorías que desde la economía y la ciencia política han sido desarrolladas para estudiar la regulación económica. Ello es de suma relevancia en la medida en que mostrará cómo la literatura evolucionó desde posiciones favorables a la regulación estatal ante las "fallas de mercado", hacia posiciones más escépticas que mostraban cómo dichas regulaciones también "fallaban".

En la parte final de esta sección se evaluarán las implicancias de esta literatura. Creemos que este análisis permitirá integrar a la dogmática jurídica nacional, debates, conceptos y principios de estas disciplinas, lo que creemos contribuirá al desarrollo y enriquecimiento del derecho como ciencia; como también, buscar en concreto la forma de vincular ambas aproximaciones a la problemática de la regulación económica, cuestión que se hará en la sección 4.

Con todo, no podemos dejar de mencionar, siguiendo a Prosser, que las justificaciones económicas no son las únicas que proveen una racionalidad para la regulación, y en donde podemos encontrar "regulaciones sociales", que tienen por objeto justificar las regulaciones por cuestiones de naturaleza distributiva.[18] Hacia el final de esta sección se profundizará un poco más en estas nuevas razones para justificar la regulación.

### 2.1 Mercados con competencia perfecta. Fallas de mercado

Para la economía clásica, los mercados son el mejor mecanismo de asignación de los recursos. Ello implica utilizar el mercado para responder a tres preguntas básicas: ¿qué producir?, ¿cómo producir? y ¿para quién producir? El modelo

[18] PROSSER (2000) p. 231. Ver también SUNSTEIN (1990) y OGUS (2004).

teórico que lleva a este resultado, el punto de partida de cualquier análisis económico, descansa sobre la base del concepto de mercado perfecto o con competencia perfecta.[19]

### *2.1.1 Mercados con competencia perfecta*

La competencia perfecta es el paradigma utilizado por la economía para la descripción del funcionamiento de un mercado cuya característica medular es el hecho de que ni oferentes ni demandantes pueden aisladamente influir en el precio, cantidad, calidad u otra variable de mercado de los bienes y servicios transados. Por ello se dice que tanto los oferentes como los demandantes actúan como "tomadores" de precio, esto es, son pasivos respecto de la determinación del precio o de las variables indicadas, puesto que precio y demás variables resultan de la interacción de la oferta y la demanda. Dicha interacción da lugar a un precio de equilibrio y a una cantidad de equilibrio, en torno a los cuales se mueve el mercado.[20]

En este sentido, los precios constituyen el mecanismo central de asignación en una economía de mercado, guían las elecciones de los consumidores entre los distintos bienes, y la asignación de los recursos productivos entre los diferentes sectores y actividades.[21]

Si bien el gran economista inglés, por muchos considerado como el padre de la Economía, Adam Smith argumentó que bajo un sistema de libre competencia, los individuos, al actuar buscando su utilidad propia, se ven conducidos por una "mano invisible" a promover el interés común, sería el economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923) quien establecería de forma precisa que la competencia perfecta asigna eficientemente los recursos. En efecto, para Pareto, si a partir de una asignación determinada de recursos se observa que es posible mejorar, al menos, el bienestar de una persona sin empeorar el de ninguna otra, podemos afirmar, en el sentido paretiano, que se están despilfarrando recursos. La producción adicional obtenida eliminando ese despilfarro puede utilizarse para mejorar el bienestar de una persona, sin que con ello se perjudique a ninguna otra. Así pues, la competencia perfecta genera una asignación eficiente de los recursos, evitando el despilfarro.[22]

[19] Es posible hacer la distinción conceptual entre las idea de mercado perfecto, competencia pura y competencia perfecta. Nosotros no entramos en este detalle. Caracterizan a la competencia perfecta la concurrencia simultánea de cuatro presupuestos: atomicidad del mercado, homogeneidad del producto, transparencia del mercado y total movilidad de los factores productivos. Ver VALDÉS (2006) pp. 37-39.

[20] VALDÉS (2006) p. 37.

[21] LARROULET y MOCHÓN (2003) p. 255.

[22] LARROULET y MOCHÓN (2003) pp. 252-254.

Cada una de estas mejoras adicionales se denominan situaciones o movimientos pareto superiores. Luego de sucesivas mejoras adicionales, y cuando se llega a un punto en que se hace imposible mejorar el bienestar de las partes o la sociedad, se dice que estamos ante una asignación de recursos de máxima eficiencia u óptimo de pareto. Las implicancias jurídicas son relevantes.[23] Según los desarrollos del análisis económico del derecho de los contratos, la búsqueda de la eficiencia paretiana es uno de los fundamentos del sistema contractual.[24]

En definitiva, como sostienen Galetovic y Sanhueza, cuando los mercados son competitivos los precios de bienes y servicios reflejan el costo económico de producirlos:

"Estos precios, determinados libremente por la interacción de la oferta y la demanda, cubren los costos de producción, permiten que las empresas más eficientes obtengan rentabilidades que remuneran adecuadamente el capital invertido y dan las señales correctas para decidir cuánto y en qué invertir. Los usuarios son los principales beneficiados por la competencia. Pagan sólo el costo económico de producir y la combinación precio-calidad que reciben coincide con la que desean, porque la viabilidad económica de las empresas depende de que satisfagan sus necesidades. La competencia es el medio más efectivo para salvaguardar los intereses de los usuarios, garantizar que las empresas sean eficientes y lograr un mayor grado de desarrollo económico. Por eso, debe privilegiarse por sobre la regulación siempre que sea posible".[25]

Bajo este esquema, para estos autores, el Estado debe limitarse a definir y salvaguardar los derechos de propiedad, proveer una institucionalidad jurídica que permita zanjar los conflictos que pudieran ocurrir entre privados o con el gobierno y evitar establecer barreras legales que limiten la competencia o impidan el ingreso de nuevos oferentes.

### *2.1.2 Fallas de mercado*

No obstante las implicancias teóricas o ideales del modelo de competencia perfecta, en determinadas circunstancias hay factores que no dejan operar libremente al mercado como consecuencia de lo cual no se asignan bien los recursos, debido a que los precios que enfrentan quienes toman las decisiones no son los correctos, o, en otras palabras, son precios "mentirosos".

[23] La importancia del principio de Pareto en la formulación de la ley y las políticas públicas ha sido objeto, durante mucho tiempo, de debate académico. Ver, por ejemplo, el debate entre FLEURBAEY ET AL (2003) y KAPLOW y SHAVELL (2001). También ver CALABRESI (1991).

[24] Ver BULLARD (2006) pp. 41-42.

[25] GALETOVIC y SANHUEZA (2002) p. 102.

Estos factores, que afectan la ineficiente asignación de recursos y por ende impiden la correcta operación de los precios, suelen deberse a alguna de las tres razones siguientes: sistemas de derechos de propiedad insuficientes o inexistentes; costos de información excesivos o la imposibilidad de que las partes potenciales de una transacción económica alcancen acuerdos.[26] En estos casos, estamos ante la presencia de "fallas de mercado", las cuales están claramente identificadas y delimitadas en la literatura regulatoria: competencia imperfecta (monopolios), recursos de propiedad común, externalidades y problemas de información asimétrica.[27]

Es en este contexto que nace un espacio para la existencia de una regulación que busque la manera más eficiente para corregir estos problemas. Como sostiene Breyer:

> *"Un método de análisis de la regulación administrativa es considerarla como un intento de resolver varios problemas asociados a las "fallas del mercado" identificadas por los economistas. Tal mirada, popular entre los economistas, trata al mercado como la norma y considera que aquellos que promueven la regulación administrativa deben justificarla, mostrando que es necesaria para alcanzar un objetivo público fundamental que el mercado no puede generar".*[28]

Sin embargo, el debate en torno a la regulación estatal como método infalible y deseado de "corrección" de las fallas de mercado ha sido ampliamente rebatido en la literatura económica y de la ciencia política. Si bien en un comienzo se pensó que la intervención estatal perseguía buscar el bienestar social (Teoría del Interés Público desarrollada en los 30 y 40), comenzó a surgir literatura en los 60 y 70 que cuestionó fuertemente los incentivos y fines que tenía el

[26] LARROULET y MOCHÓN (2003) p. 256.

[27] Ver BREYER (1982); OGUS (1994) y (2008); y BREYER ET AL. (2002). En Chile, ver VALDÉS (2006). Para Stearns y Zywicki, analizando el caso de las externalidades negativas como fundamento de la intervención regulatoria, "los impulsores de la regulación reconocieron que invariablemente los intereses particulares no se alineaban con el bien público y creyeron que una intervención apropiada del gobierno era necesaria para asegurar que socialmente los mercados produjeran un resultado óptimo. El famoso economista Inglés Arthur Cecil Pigou afirmó que en donde los derechos de propiedad estuvieran imperfectamente definidos, los dueños de la propiedad, actuando en su propio interés, estaban motivados para participar en actividades económicas lucrativas aun cuando estas actividades generasen "externalidades negativas" considerables, incluyendo la contaminación como una resaltante de estas. Dado que los dueños de las firmas causantes de polución no internalizaron la totalidad del costo social de producción, Pigou afirmó que la búsqueda de ganancias interpuso una cuña entre la actividad económica privada de interés particular y la actividad social óptima. El resultado fue "una falla de mercado" en el cual, abandonado a sus propios recursos, el "mercado" (o más exactamente los individuos actuando dentro del mercado) tendió a producir demasiados bienes perjudiciales, mientras que se cargaba los costos reales a otros, que no se beneficiaban de la actividad económica problemática. STEARNS y ZIWICKY (2008) capítulo 3, p. 4.

[28] BREYER ET AL. (2002) p. 5

regulador. Más aún, de la teoría de las "fallas de mercado" se pasó a la teoría de las "fallas de Estado" o "fallas de la regulación". Por otro lado, y aunque parezca paradójico, es el propio mercado el que puede generar instrumentos indirectos para corregir las fallas de un determinado mercado.

La evolución de este debate será analizada a continuación cuando analicemos los diferentes enfoques que, desde las ciencias sociales, aunque principalmente desde la economía, se han dado para estudiar el fenómeno de la regulación económica.

## 2.2 Teorías de la regulación económica

### *2.2.1 Teoría del interés público*

En un sentido contemporáneo, algunos de los primeros desarrollos acerca del tema de la regulación fueron realizados por la "teoría del interés público", que consideraba a la acción de gobierno como basada en los intereses de la sociedad, como una respuesta a las fallas del mercado, y que dominaron el entendimiento de la regulación gubernamental hasta bien entrados los 60.

La teoría del interés público o funcionalista de la regulación, como sostiene Romero,

> *"plantea que la motivación o explicación de la intervención del Gobierno o del Estado en los mercados descansa, principalmente, en las fallas del mercado. En efecto, cuando la economía de mercado opera ineficientemente, como cuando hay problemas relacionados con el poder monopólico; cuando existen problemas de información; cuando se dan problemas de coordinación; cuando se está en presencia de externalidades; cuando se presentan inconvenientes relacionados con la existencia de bienes públicos o recursos comunes; o, incluso, cuando se presentan inequidades de acuerdo con los sentimientos populares prevalecientes, por nombrar fallas de mercado típicamente mencionadas, habrá prima facie, desde el punto de vista del interés público, un caso o justificación para una intervención regulatoria".*[29]

Para Ogus, en términos generales, la teorías del interés público o los diversos enfoques desde este prisma respecto de la regulación, tienden a asumir que ésta está inserta dentro de reglas legales dictadas por el legislador, quien puede luego delegar la creación de una regla particular a agentes reguladores a veces con una considerable discreción en el desarrollo de tales reglas. Estas teorías

[29] ROMERO (2008) p. 12.

adoptan una mirada instrumental de la ley, considerándola una herramienta usada por los cuerpos del Estado para lograr sus fines a través del diseño de las instituciones.[30]

Y es que en el periodo anterior a los 60, según Posner, existían dos supuestos fuertemente enraizados entre los economistas. El primero, que los mercados eran extremadamente frágiles y podrían operar de manera muy ineficiente (o inequitativa) si se les dejaba actuar libremente; el segundo, que la regulación estatal estaba exenta de costos. Bajo estos supuestos, sostiene el autor, era fácil argumentar que las principales intervenciones estatales en la economía (protecciones a los exportadores, regulaciones a las empresas de servicios públicos, subsidios agrícolas, licencias para ejercer algún trabajo, salarios mínimos o aranceles) eran simplemente respuestas estatales evidentes ante las demandas ciudadanas para corregir ineficiencias e inequidades palpables de la operación de los mercados libres. Detrás de cada regulación era posible ver una imperfección del mercado, que se convertía en la justificación de la regulación estatal, que sería efectiva y sin costo.[31]

Para Stearns y Zywicki, el modelo de interés público de la regulación gubernamental descansa sobre la base de varias premisas importantes, algunas de las cuales son controversiales:

> *"Este asume que podemos identificar diversas deficiencias en el ordenamiento de los mercados privados, como la externalidad negativa de la contaminación, y luego crear una respuesta legal apropiada que obligará a los actores privados a que de alguna forma se responsabilicen por la divergencia entre sus costos privados y los costos totales. Al obligar a los actores de mercado a internalizar la totalidad de los costos de sus actividades, el sistema reglamentario facilitaría la obtención de resultados con beneficios sociales".*[32]

El problema de una interpretación extensiva del concepto de "falla de mercado" es que eventualmente podríamos encontrar cualquier falla, en cualquier mercado. Junto con lo anterior, y siguiendo a Posner, el problema de esta teoría es que la literatura y evidencia empírica que comenzó a surgir en los 60 mostró las debilidades normativas y positivas (empíricas) de esta teoría.[33]

Las limitaciones de este enfoque pueden resumirse, en primer lugar, en que esta teoría asume que los programas regulatorios están bien inspirados y que

[30] OGUS (2004).
[31] POSNER (1974) p. 336.
[32] STEARNS y ZYWICKI (2008 ch.3 p. 4)
[33] POSNER (1974) p. 336.

los reguladores buscan de buena fe la satisfacción del interés público tal como se define en las leyes o reglamentos en que se expresan. De acuerdo a esto, "aunque incluso las evidencias empíricas muestren algunos desempeños regulatorios desilusionantes, tal como es posible encontrar en la realidad, la falla o el fracaso tendría su explicación en un mal manejo de las entidades reguladoras, las cuales, además, son instadas a acometer tareas muy dificultosas".[34]

En segundo lugar, y siguiendo el trabajo de Coase, para que funcione exitosamente el modelo regulatorio de la teoría del interés público, el regulador debe operar en el rol de interventor de amplio conocimiento, una entidad que de alguna manera es capaz de identificar y corregir al menor costo las fallas de mercado a medida que estas ocurran. Este autor propuso que los conflictos en el uso de recursos pueden ser resueltos mediante la negociación de las partes afectadas, siempre y cuando los costos de transacción sean bajos.[35] Para Ogus, las implicancias normativas del enfoque de Coase son evidentes: "las intervenciones públicas centralizadas y coercitivas para resolver tales conflictos probablemente serían menos efectivas que las aproximaciones privadas consensuadas".[36]

Una mirada similar propone Hayek, representante de la tradición austriaca, para quien tratar de alcanzar las preferencias sociales a través de instituciones centralizadas es un sinsentido, en la medida en que la burocracia estatal no posee la información suficiente para reemplazar las decisiones libres (e informadas) que cada individuo en particular toma al interactuar en diversos mercados. Hayek muestra el contraste entre dos sistemas de organización social: el primero de "orden espontáneo", fuertemente dependiente en la información descentralizada y en el cual los principios guía evolucionan gradualmente en el tiempo en respuesta a los cambios en aquella información; y, el segundo, o "constructivismo racional", en el cual los legisladores centralistas procuran imponer resultados sobre la base de la información (limitada) que tienen disponible. El sistema de precios del mercado y la legislación resumen la primera de estas; una economía planificada y la legislación regulatoria la segunda.[37]

### *2.2.2 Teoría de la captura*

En los años cincuenta Bernstein y otros cientistas políticos[38] buscaron explicar los fenómenos regulatorios desde la óptica del interés privado por sobre el

[34] ROMERO (2008) p. 12.
[35] COASE (1960).
[36] OGUS (2008) p. 104.
[37] Ver HAYEK (2006).
[38] BERNSTEIN (1955).

público y en el que se invocaba como elemento central de este enfoque, el tema de la captura regulatoria. Dicho autor planteó que una vez que un ente regulador está recién establecido tiende a atraer la atención pública y actúa con vigor, pero que cuando la atención pública se desplaza hacia otros temas, dicho respaldo público comienza a declinar y la agencia reguladora queda vulnerable a la dominación por los intereses de los regulados.[39]

Posner critica los planteamientos de esta "teoría de la captura" argumentando, entre otras cuestiones, que sus postulados teóricos son tan débiles que sólo puede ser considerada una hipótesis sobre la regulación (no una teoría); que a diferencia de la teoría de los grupos de interés y la "teoría económica de la regulación", estos planteamientos pretenden justificarla sobre la base de una única captura, la del regulado al regulador, cuando son diversos los grupos que buscan obtener regulación favorable en una determinada área; se confunde con la teoría del interés público en su falta de escepticismo respecto de los reales intereses del legislador o regulador al actuar, entre otros.[40]

### *2.2.3 Teoría económica de la regulación: Escuelas de Chicago y Virginia (Elección Pública)*

a) Escuela de Chicago

Stigler y Friedland fueron pioneros en la incorporación de evidencia empírica cuestionando las bases de la teoría del interés público.[41] Estos son los orígenes de la teoría económica de la regulación, la que sería desarrollada con mayor profundidad por el propio Stigler, Peltzman y Becker, todos de la denominada "Escuela de Chicago".

Para Posner, si bien en principio este enfoque pareciera ser una versión refinada de la "teoría de la captura" desarrollada desde la ciencia política, existen varias diferencias que la convierten en una verdadera "teoría" sobre la regulación: el uso de la teoría microeconómica; un análisis coherente respecto de los incentivos de todos los agentes participantes en el proceso (tanto demandantes como oferentes de regulación); o, la consideración de que no es sólo la industria regulada la que busca obtener regulación favorable, sino los más diversos grupos de interés en un área. Sin embargo, comparte con la anterior el hecho de que la regulación económica es utilizada por grupos de interés efectivos que persiguen la obtención de beneficios privados.[42]

[39] ROMERO (2008) p. 14. También ver OGUS (2004).
[40] POSNER (1974) pp. 341-42.
[41] STIGLER y FRIEDLAND (1962).
[42] POSNER (1974) p. 343.

Destaca, en primer lugar, el trabajo de Stigler, quien planteó que el regulado (cualquier industria) tiene incentivos para "capturar" al regulador e influenciar la regulación para promover sus propios intereses. Para este autor, "como regla general, la regulación es obtenida por la industria y primordialmente se diseña y opera para su beneficio".[43] Por ello, el objeto principal de una teoría económica de la regulación dice relación con "explicar quién recibirá los beneficios o soportará los costos de la regulación, qué forma tomará la regulación, y qué efectos tendrá la regulación respecto de la asignación de recursos".[44]

¿Qué beneficios puede proveer el Estado a una industria? Stigler sostiene que el Estado posee un recurso básico que no comparte con ninguno de los ciudadanos: "el poder de la coerción".[45] Ello implica, entre otras cosas, el poder de cobrar impuestos, afectando las decisiones económicas de empresas y hogares, incluso sin su consentimiento. Así, "se genera la posibilidad de que este poder estatal pueda ser utilizado por una industria para aumentar sus utilidades".[46]

Los beneficios que puede entregar el Estado a una industria son cuatro, según Stigler: subsidios monetarios directos, el control de la entrada de nuevos rivales de la empresa favorecida (barreras a la entrada a nuevos competidores en la forma de políticas de precio o aranceles proteccionistas), afectando bienes sustitutos o complementarios o a través de políticas de fijación de precios.[47]

Para Stigler, las firmas tienen una clara ventaja sobre los consumidores, puesto que las firmas son menos en número, haciendo que sea menos costoso coordinar la organización de grupos de interés así como un mayor potencial para una mejor y más concentrada ganancia per cápita. Además, habitualmente es menos costoso para las firmas organizarse.[48] Así, la teoría económica de la regulación se basa en la premisa que esta es un instrumento para mejorar el bienestar de un grupo (o grupos) dentro de la sociedad y no la mejora del interés o bienestar social, que es aquel al que está llamado el regulador. Paradójicamente, un grupo de interés pequeño, pero con una alta sensibilidad hacia un cierto tema (e.g., industria, asociación gremial, sindicatos, etc.), es

[43] STIGLER (1971) p. 3. El autor identifica cuatro posibles mecanismos para hacer uso efectivo del Estado: subsidios monetarios directos, barreras a la entrada a competidores, afectar bienes sustitutos y complementarios y fijación de precios.
[44] STIGLER (1971) p. 3.
[45] STIGLER (1971) p. 4.
[46] STIGLER (1971) p. 4.
[47] STIGLER (1971) pp. 4-6.
[48] Stigler, siguiendo el trabajo de OLSON (1965) que enlazaba una organización política efectiva al tamaño de un grupo, sugirió que grupos pequeños y bien organizados (especialmente aquellos sin oposición significativa), o sea aquellos mejor preparados para conferir beneficios regulatorios a sus miembros, están más capacitados para comprometerse en una efectiva búsqueda de renta, mientras que grupos más grandes y difusos no lo están. STIGLER (1971) pp. 13-14.

capaz de dominar a un grupo mayor (en número de miembros), y cuyo interés es exactamente el opuesto (v.g. consumidores o contribuyentes).

Con todo, la obtención de regulación favorable desde el proceso político tiene un costo para dicha industria o grupo de interés, dado que el proveedor de regulación, un político, tienes costos operacionales y organizacionales que cubrir, por ejemplo, el funcionamiento del partido al que pertenece o financiamiento de campañas electores. Así, la industria

> *"debe estar preparada para pagar aquellas dos cosas que requiere un partido político: votos y recursos. Los recursos pueden ser provistos a través de donaciones para campañas electorales, prestación de ciertos servicios (un empresario que dirija un comité de recolección de fondos) o métodos más indirectos de contribución tales como emplear a los militantes de un partido".*[49]

Posteriormente, Peltzman, perfeccionando el trabajo de Stigler, vinculó el resultado de la regulación no sólo al tamaño y organización de los grupos de interés o lobby, sino al número de votos obtenidos (o perdidos) en respuesta a una determinada regulación implementada. Para Peltzman: "Los costos de usar el proceso político limitan no sólo la importancia del grupo dominante, sino también otros beneficios".[50] Para Stearns, las implicancias de esto último se refieren a que "la regulación no es un mero proceso de licitación en el cual ganen grupos industriales óptimamente formados, sino que es un proceso complejo a través del cual los proveedores de la regulación, o sea los legisladores, sopesan los beneficios derivados de una transferencia presunta contra los costos provenientes de acuerdo a los votos".[51]

Siguiendo la línea de Stigler y Peltzman, Becker introdujo a esta línea de investigación los efectos de la competencia entre los distintos grupos de interés que perseguían beneficios particulares a partir de la regulación.

---

[49] STIGLER (1971) p. 12.

[50] PELTZMAN (1976) p. 213.

[51] STEARNS (1997) p. 125. Para MERCURO y MEDEMA (2006) pp. 193-94: "Peltzman argumentó que podría ser en el mejor interés de los oferentes políticos elegidos, restringir o elevar barreras de entrada, tal como sugiere Stigler, si pensaban que los beneficios a los productores serían suficientemente grandes y si la probabilidad de un contraataque en la próxima elección por parte de los consumidores, que cargarían con el peso de los costos asociados, era baja (...) La conclusión es una historia directa de análisis costo-beneficio: el legislador tiene un incentivo para restringir la entrada hasta aquel punto donde los votos obtenidos desde el último incremento de precio como resultado de la legislación, es exactamente igual al número de votos de consumidores que se pierden como consecuencia de lo anterior. Esto llevó a que él concluyera que los proveedores políticos elegidos no siempre servirán el interés de las firmas o de las asociaciones industriales. En cambio, dependiendo de variables relacionadas al grado e intensidad del apoyo de la oposición (lo que él denomina como "funciones de apoyo y oposición"), el equilibrio político podría terminar en cualquiera de los lados".

Becker asume que los individuos pertenecen a grupos particulares de acuerdo a los intereses comunes que comparten. Estos grupos gastan tiempo y dinero en publicidad política, contribuciones a campañas, formando parte de huelgas, actos terroristas, asesinatos políticos, etc., ejerciendo presión política para ganar transferencias de ingresos de otros grupos de la sociedad. La competencia entre los grupos de interés determina la estructura de equilibrio de los impuestos y subsidios de una sociedad. Este equilibrio político-económico tiene la propiedad de que la totalidad de los grupos de interés maximizan el bienestar de sus miembros por la vía de ejercer su nivel óptimo de presión política, dado el comportamiento del resto de los grupos.[52]

Debemos notar que estos grupos no pierden o ganan, dado que los grupos contribuyentes invierten en presión política para reducir sus impuestos hasta que un dólar adicional gastado en lobby sea igual a la reducción en impuestos inducida por la presión. Dado que el gobierno no puede entregar más de lo que recauda en impuestos, este monto tiene que ser igual al monto total disponible para subsidios, y dado que los grupos exitosos pagan impuestos, ellos tampoco son completamente subsidiados. Como sostiene Becker: "Estos resultados difieren de los resultados de "todo o nada" implícitos en los modelos de comportamiento político de mayorías, donde la mayoría gana y la minoría pierde completamente".[53]

Becker muestra que el equilibrio político "depende de la eficiencia de cada grupo de interés en producir presión política, el efecto de producción adicional de presión por cada grupo, el número de personas en los distintos grupos, y los costos y beneficios sociales de los impuestos y subsidios".[54]

En síntesis, y como sugieren Mercuro y Medema, "el modelo de Becker es un modelo referido a la competencia por la influencia política –quién obtiene los subsidios y cuánto, y quién se llevará el peso del impuesto. Los grupos de presión ejercen su influencia a través del lobby, contribuciones de campaña, y otros

[52] BECKER (1983) p. 372.

[53] BECKER (1983) pp. 372-373.

[54] BECKER (1983) p. 395. Así, por ejemplo, si un grupo aumenta su eficiencia en producir presión política, su nivel óptimo de presión subirá bajo cualquier nivel de presión ejercida por los otros grupos. Un ejemplo de esto es el control del *free-riding*, que consiste en la tentación individual de sus miembros a evadir las obligaciones personales de producción de presión política, imponiéndoselas a los otros miembros. Cada miembro del grupo tiene incentivos al *free-ride*, y mientras más grande el grupo, mayores son los incentivos al *free-ride* y mayores son a su vez los costos de fiscalización de dicho problema. Dado que el monto total recaudado en impuestos tiene que ser igual al monto total disponible para subsidios, no es posible mejorar simultáneamente los resultados políticos de todos los grupos. Por lo tanto, el éxito político de un grupo particular no esta determinado por un control exitoso y absoluto sobre el *free-riding*, sino por el éxito relativo en comparación a otros grupos. Si cada grupo fuera eficiente para controlar este problema, entonces, el equilibrio político no variaría en forma sustancial. BECKER (1983) p. 380.

gastos, tanto en términos de dinero como en tiempo. Ellos también gastarán recursos para limitar el *free-riding* dentro de su propio grupo de presión".[55]

b) Escuela de Virginia (Teoría de la elección pública o *public choice*)

Estrechamente vinculada a la teoría económica de la regulación de Chicago, surgió la teoría de la elección pública o *public choice*.[56] Para nuestros propósitos hay dos aspectos de esta teoría que son relevantes. En primer lugar, sistematizar la idea de las "fallas de la regulación" o "fallas del Estado"; y, en segundo lugar, la idea de la "búsqueda de renta" (*rent-seeking*).[57]

La teoría de la elección pública estudia cómo el gobierno toma decisiones sobre los impuestos, los gastos, la regulación y otras políticas económicas. Este proceso de decisiones o de elecciones públicas es visto como un mercado: el mercado político. En éste, intervienen oferentes (autoridades públicas con capacidad decisoria) y demandantes (electores y grupos de interés) de regulaciones. Al igual que los empresarios que maximizan utilidades con sus empresas, los "empresarios políticos", que ocupan cargos de representación popular, son maximizadores de votos, condición *sine qua non* para lograr su objetivo principal: ganar elecciones.

Como se desprendía de los trabajos de la escuela de Chicago, a lo largo de todo el proceso de elaboración y de puesta en práctica de las decisiones públicas, votantes y grupos de interés que buscan beneficiarse o se ven afectados por una determinada regulación, ejercen presión sobre la autoridad pública decisoria, sea el legislador, el Ejecutivo o una agencia regulatoria. Así, al igual que el mercado "falla", el proceso de toma de decisiones públicas, el proceso político, puede fallar. Así,

> *"las fallas del Estado (o de la elección pública) tienen lugar cuando éste fracasa en su intento por mejorar la eficiencia económica. En este sentido, no debe olvidarse que los agentes que toman decisiones públicas suelen tener sus propios objetivos y tratan de maximizar su propio interés. Lo deseable es que esta maximización se alcance haciendo coincidir sus objetivos con los de la colectividad. En otras ocasiones los políticos se limitan a perseguir sus objetivos particulares, tales como volver a ganar las elecciones o ascender en la jerarquía de la Administración Pública, olvidándose de los intereses de la colectividad".*[58]

[55] MERCURO y MEDEMA (2006) p. 194.
[56] Al respecto ver BUCHANAN y TULLOCK (1962); FARBER (2007); MUELLER (1997) y (2003); y NISKANEN (1971).
[57] Para ver la vinculación de este enfoque con el derecho constitucional chileno GARCÍA (2008) y GARCÍA Y SOTO (2009).
[58] LARROULET y MOCHÓN (2003) p. 90.

Un segundo punto desarrollado por esta escuela dice relación con el concepto de "búsqueda de rentas" (*rent-seeking*). De acuerdo a lo expresado por Mercuro y Medema, las rentas son simples retornos por sobre la norma, un retorno extra para recursos valiosos, cuyo suministro es extremadamente limitado, ya sea este un talento atlético, un producto de gran demanda cuya producción esté protegida por patentes, o una evidente posición monopólica: "Dentro de la arena política, estas toman la forma de privilegios especiales, posiciones monopólicas, y otras formas de transferencia otorgadas a ciertos individuos o grupos a través de la acción gubernamental".[59]

Una de las ideas básicas sustentadas en esta literatura, y desarrolladas originalmente por Tullock,[60] se refiere a que las actividades desarrolladas para asegurar o mantener un privilegio o transferencia del Gobierno son costosas, y hacen uso de recursos que tienen costos de oportunidad –el uso alternativo de aquellos recursos en actividades más valiosas y productivas–. En otras palabras, actividades desarrolladas por un grupo con miras a obtener cualquier tipo de riqueza o distribución de recursos en su favor (o tratando de prevenir una pérdida), tratando de influenciar la decisión de una autoridad pública (por ejemplo, subsidios, licencias, tarifas, normas especificas que pueden limitar la competencia, etc.), no son neutrales, en términos de bienestar agregado, debido a que ello consume escasos recursos.

El problema se genera en el uso ineficiente de los recursos en este esfuerzo de búsqueda de rentas buscando "capturar" al proceso regulatorio. Así, recursos que se utilizan para adquirir o mantener estas posiciones privilegiadas, lo que implica el pago de lobbystas de alto costo, abogados, contadores, agentes de prensa, y economistas, podrían haber sido usados en actividades económicamente productivas.[61]

### *2.2.4 Nuevas tendencias*

a) Teoría del interés público 2.0

Para Sunstein, buena parte de los desafíos en el debate regulatorio consiste en hacerse cargo de nuevas categorías o causales de justificación de la regulación, las que exceden las clásicas fallas de mercado (externalidades, bienes público, monopolio y asimetrías de información).[62]

[59] MERCURO y MEDEMA (2006) p. 201.
[60] TULLOCK (1967).
[61] MERCURO y MEDEMA (2002) p. 202.
[62] Ver SUNSTEIN (1990) pp. 55-56.

Así, por ejemplo, el uso de la regulación con fines redistributivos. Con todo, ello no implica dejar de considerar los aspectos de diseño institucional para permitir que este tipo de regulación opere de manera eficiente. Para el autor, a menudo las medidas redistributivas no transfieren directamente recursos a las personas menos favorecidas o a aquellos que se quiere subsidiar, pero buscan lidiar con la coordinación o problemas de acción colectiva que enfrentan los grupos mayoritarios. Debido al problema de la acción colectiva es que la regulación debe hacer inalienable ciertos derechos relevantes que no pueden dejarse al libre mercado (v.g. derechos laborales). Así, la regulación pasa a ser un intento por redistribuir recursos a determinados grupos.

Sin embargo, Sunstein reconoce las limitaciones de su propuesta. Para él, una de las paradojas del "Estado regulador" es que sus esfuerzos por redistribuir recursos a veces tienden a lesionar el mínimo bienestar ya existente provocando complejos efectos, muchas veces perversos (v.g. cesantía por sueldos mínimos elevados). Muchas veces también la regulación beneficia a grupos que no lo necesitan. Por lo tanto, la premisa de que la regulación produce una simple redistribución de una clase a otra no es cierta, por cuanto sus efectos son mucho más complejos y a veces desafortunados.

Otro ejemplo de lo que Sunstein considera como nuevas justificaciones regulatorias lo podemos encontrar en lo que él denomina el problema de la "irreversibilidad".[63] La justificación regulatoria viene dada por ciertas conductas (actuaciones en un mercado sin regulaciones), que, de continuar, llevarán a resultados sociales que afectarán a futuras generaciones de manera irreversible o sólo a cambio de un alto costo (v.g., impacto en la naturaleza o extinción de ciertas especies). El efecto anterior se produce desde que los mercados responden a las preferencias de los consumidores actuales sin tomar en cuenta el efecto de sus transacciones en las generaciones venideras.

Por otra parte, para Ogus, la regulación se justifica porque el régimen regulatorio puede hacer cosas y cumplir objetivos que el mercado no puede cuando se está ante fallas de mercado. Ahí donde el régimen regulatorio funciona debe ser mantenido. Cualquier intento de formular una lista omnicomprensiva de los objetivos de interés público que pueden ser utilizados como justificación para la regulación es inútil, dado que la idea de "interés público" varía según lo hacen las circunstancias.[64]

En el mundo real los supuestos necesarios para que el mercado genere eficiencia (adecuada información, competencia y ausencia de externalidades) suelen

[63] SUNSTEIN (1990) pp. 67-69.
[64] OGUS (2004) p. 29.

no cumplirse. El derecho privado no siempre provee una solución efectiva. Entonces cuando las fallas de mercado van acompañadas de una falla en el derecho privado, hay *prima facie* un caso a favor de la regulación en el interés público. Sólo lo es *prima facie* y no de manera conclusiva, ya que la regulación puede resultar peor en la corrección de las fallas. En otras palabras, falla de mercado y falla de leyes privadas deben ser comparadas con una falla en la regulación.[65]

Uno de los aspectos de las fallas de mercado que más recalca Ogus dice relación con los problemas de información (falta de o asimetrías de información entre las partes contratantes). Para Ogus, la afirmación de que el comportamiento del mercado según las preferencias expresadas conduce a una eficiente asignación depende fundamentalmente de dos supuestos: que los consumidores tengan una adecuada información sobre el listado de alternativas disponibles, incluyendo las consecuencias que conlleva para ellos cada opción; y que ellos sean capaces de procesar dicha información y de comportarse racionalmente de una forma que maximice las utilidades esperadas por ellos.

Sin embargo, para Ogus el supuesto de la información perfecta no existe en el mundo real.[66] Siempre habrá algún grado de incertidumbre ya sea sobre hechos del presente o del futuro. Por ello es que la ausencia de una información absoluta no puede justificar por sí misma la intervención. De esta manera lo que sucederá es que las personas evaluarán el costo/beneficio que significa recopilar más información (v.g., visitar varias concesionarias para comparar precios de autos).

Generalmente será el oferente el que suministrará la información principalmente como una forma de diferenciar sus productos de la competencia, pero esta información puede adolecer de diversas distorsiones, como por ejemplo exageraciones de los aspectos positivos del producto, ocultamiento de los negativos, etc. Para hacerse cargo de estas contingencias es que la regulación podría parecer justificable prima facie. Por otra parte en relación a la capacidad de procesar la información disponible, la mayoría de los economistas aceptan la noción de que el comportamiento humano está constreñido por una "racionalidad limitada",[67] esto es, que la capacidad de los individuos de recibir, almacenar y procesar la información, es baja y costosa.

[65] OGUS (2004) p. 29.
[66] Ver OGUS (2204) pp. 38-41.
[67] Ver SUNSTEIN (2005). Ver también THALER y SUNSTEIN (2008).

Así, la regulación se presenta como una práctica social que funciona o debería funcionar como un medio para un fin: maximizar el bienestar general, concebido en términos de maximizar la eficiencia en la asignación.

b) Tripartismo

Este enfoque, desarrollado por Ayres y Braithwaite,[68] descansa sobre la base de que por sus propias características la regulación o la definición de un marco regulatorio fomentan tanto la cooperación entre ambas partes (regulador y regulado), como asimismo el intento de captura y la corrupción. Y el problema está centrado precisamente en que al hablar de regulación se asume una relación entre dos partes, y en múltiples casos resulta más ventajoso para ellas evadir el cumplimiento de sus obligaciones y caer en prácticas corruptas o deshonestas. Esto se da principalmente en procesos de regulación en que la relación entre el agente regulador y el regulado se mantiene en el tiempo sin que haya renovación, generándose entre ambos una relación riesgosa que podría derivar en prácticas no deseadas (v.g., sobornos).

Por ello, estos autores plantean el "tripartismo", que consiste en agregar al proceso regulatorio los "grupos de interés público relevantes" (v.g., un grupo medioambiental en la discusión de la legislación sobre bosque nativo), para que se conviertan de pleno derecho en el tercer jugador del juego. De esta forma pueden castigar directamente al empresario (regulado) e incluso más, aplicar normas para castigar al regulador que falla en su objetivo, y así en vez de castigar al regulado infractor castiga al regulador ineficiente (se trata de "quién vigila al vigilante"). Con ello se persiguen tres objetivos que permiten favorecer a los grupos de interés relevantes. Primero, les garantiza acceso a la información disponible para el regulador. Segundo, les otorga un lugar en la mesa de negociación. Tercero, les concede la misma posición para demandar o perseguir bajo el estatuto regulatorio del ente regulador.

### 2.3 Evaluación

Detengámonos un momento para recapitular acerca de las principales lecciones que hemos obtenido de los diferentes enfoques económicos de la regulación, en particular de la "teoría económica de la regulación", que es probablemente el esfuerzo más consistente y robusto a la hora de explicar la gestación de un marco regulatorio. Ya hemos anticipado en otro trabajo algunas de ellas.[69]

[68] AYRES y BRAITHWAITE (1992). Ver MORGAN y YEUNG (2007) pp. 53-59.
[69] Ver GARCÍA (2009).

En primer lugar, que el estudio sistemático y riguroso del fenómeno regulatorio es más bien reciente, lo que ha sido relevante desde la perspectiva de la cantidad y calidad de la evidencia empírica (información) con la que cuenta el mercado y los agentes económicos, pero sobre todo, la que tiene el regulador.

Segundo, que ha aumentado la "creatividad" estatal en términos de invocar y crear nuevas causales y justificaciones para intervenir mercados a través de la regulación, la mayoría francamente discutibles tanto desde la eficiencia como de una sociedad de libertades.[70]

Tercero, se ha avanzado bastante en la literatura regulatoria en que sólo se justifican regulaciones en la medida en que proveen un beneficio superior al costo que genera la falla de mercado que se pretende corregir.[71-72] Esta mirada puede ser considerada como una de las herederas principales de las contribuciones realizadas por la "teoría económica de la regulación", tanto la de Chicago como la de Virginia, al haber puesto de manifiesto las falencias del proceso de toma de decisiones públicas, en particular, los fuertes incentivos que tienen los grupos de interés, el regulado o ambos, de intentar capturar al regulador.

Así, frente a los costos sociales generados por una "falla de mercado" se debe observar los costos de la "falla del Estado" al generar una regulación que

[70] A las nociones tradicionales ya expuestas, se han sumado algunas que podríamos denominar categorías genéricas, por ejemplo, (i) la eliminación de la competencia excesiva; (ii) cuestiones redistributivas (e.g., sistema de seguridad social o legislación laboral); (iii) provisión de ciertos bienes no provistos por el mercado o aspiraciones democráticas (e.g., programas culturales en la televisión abierta); (iv) paliar desventajas sociales en ciertos individuos adscritos a determinados grupos o razas (e.g., legislación antidiscriminación o de discriminación positiva); y (v) regulaciones paternalistas fundadas en la "obligación estatal" de proteger a determinados individuos que actúan sobre la base de comportamientos de "racionalidad limitada" o para el control de riesgos (e.g., cotizaciones previsionales obligatorias, uso de determinados artefactos de seguridad para manejar vehículos o motocicletas); entre otras. BREYER ET AL (2002) pp. 10-13.

[71] Y es que frente a una falla de mercado las soluciones pueden ser variadas: no hacer nada (tal vez sea menos costosa la falla de mercado que cualquier tipo de regulación), normas de responsabilidad extracontractual (subjetiva u objetiva), intervenciones menores (e.g. solicitud de información), regulaciones mayores (e.g., prohibiciones), etc. Esta verdadera *mentalidad* pro evaluación costo-beneficio de la regulación, cobra fuerza en el Gobierno de Reagan en Estados Unidos en los ´80 al potenciar la Oficina de Administración y Presupuesto. Un detallado análisis de esta evolución puede verse en BREYER ET AL (2002).

[72] Sin ir más lejos, el mismo fin persigue en nuestro país la Dirección de Presupuestos, dependiente del Ministerio de Hacienda. Cabe hacer presente que la Ley Orgánica del Congreso Nacional, Ley N° 18.918, establece, en el inciso segundo del artículo 17, que cada Cámara deberá tener una comisión de hacienda, encargada de informar los proyectos en lo relativo a su incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos o empresas. Dicha Comisión deberá indicar en su informe la fuente de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que signifique el respectivo proyecto, y la incidencia de sus normas sobre la economía del país. Si bien esta norma podría tener gran impacto en el debate parlamentario y en la discusión pública en materia de evaluaciones costo-beneficio de diversas regulaciones (tanto económicas como otras sociales), en la práctica ha pasado más bien a ser una formalidad, y, en algunas ocasiones, las estimaciones de costos son bastante lejanas a la realidad.

busque "corregir" dicha "falla". La filosofía es simple: el remedio no puede ser más caro que la enfermedad. Lo anterior también va de la mano con los avances tecnológicos y las respuestas y soluciones que el propio mercado va generando frente a sus "fallas",[73] alternativas que muchas veces serán mucho más costo-efectivas que las regulaciones de "comando y control".

## 3. La regulación económica ante la Constitución

Una vez analizado lo que la economía y la ciencia política ha escrito sobre la gestación de regulaciones, en particular la literatura generada desde la teoría económica de la regulación, conviene analizar la manera en que el derecho, y en particular el derecho constitucional chileno, ha abordado esta problemática.

Como se verá, y sin haber recibido aparentemente noticia alguna de la literatura y evidencia empírica generada desde las ciencias sociales, desde fines de los 70 se ha impuesto un concepto de OPE, tanto en doctrina como a nivel jurisprudencial, que no sólo parece desfasado en el tiempo y ante la economía, sino ante el nuevo conjunto de valores y principios que forman la Carta de 1980.

Así, a pesar de la claridad de lo dispuesto en el capítulo I sobre bases de la institucionalidad en conexión con las garantías de naturaleza económica dispuestas en el Capítulo III de la Carta Máxima, sólo sería a principios de esta década en que las voces disidentes al enfoque "tradicional" o "clásico" del OPE comenzarían a ganar adeptos y buscarían reemplazarla con la idea de CE, pese a que, como hemos dicho en la introducción, existían antecedentes en las obras de Guerrero del Río e Yrarrázaval que mostraban el rumbo al enfoque libertario desde hace prácticamente tres décadas.[74]

### 3.1 ¿Constitucionalización de un ideal regulativo específico?

Hace más de 20 años se escribía en nuestro país que

> *"algunos constitucionalistas siguen pensando que la Constitución es eminentemente de carácter político y que lo económico y social deben estar excluidos,*

[73] El análisis económico del derecho ha avanzado bastante en esta materia. Buenos ejemplos los podemos encontrar en la literatura sobre cómo las empresas invierten en mejorar su marca y reputación, y los costos que acarrean, consecuencialmente, violaciones contractuales o al derecho del consumidor. Asimismo, muchos problemas de asimetrías de información en la compra y venta de determinados bienes (v.g., automóviles) están siendo aminoradas por el surgimiento masivo de empresas certificadoras o de garantías. Ver POSNER (2000) y SHAVELL (2004).

[74] Ver GUERRERO (1979) e YRARRÁZAVAL (1987).

*porque, en el mejor de los casos, constituirían declaraciones programáticas sin mayor eficacia jurídica. Felizmente la posición contraria (...) ha ido ganando progresivamente partidarios no solamente en Chile, sino que mundialmente, en casi todos los textos constitucionales más recientes".*[75]

Con ello se reconoce que los aspectos económicos y sociales son variables claves para el buen funcionamiento del sistema político y que ello de suyo genera una predisposición favorable a su consagración constitucional. Como sostiene Ariño, "la mayoría de las Constituciones, especialmente las más antiguas, nunca se lo plantearon, lo que no quiere decir que el silencio de las mismas equivalga a una completa indeterminación: a partir de una interpretación integrada del conjunto de derechos y libertades individuales reconocidos en el texto constitucional, se puede inducir el sistema económico que debe presidir la vida social".[76]

Lo relevante, entonces, es definir qué aspectos de un modelo regulatorio, de un ideal regulativo, deben ser consagrados en la Carta Fundamental. En otras palabras, y siguiendo a Fermandois, si bien el orden económico forma plenamente parte del orden político a nivel constitucional, hay que distinguir qué aspecto del primero puede ser desarrollado legítimamente por la Constitución, "sin afectar la esencia de la idea '*constitución política*'".[77]

Para lo anterior, debemos recurrir a la distinción que efectúan algunos autores respecto de tres aspectos del orden económico susceptibles de formar parte de la Constitución: sistema económico (conjunto de instituciones y normas que determinan el desarrollo de la actividad económica de un país), modelo económico (conjunto de objetivos, instrumentos y medidas de políticas económicas coherentes y apropiadas para las realidades contingentes de cada país) y políticas económicas (medidas contingentes de acción económica, esencialmente transitorias).[78]

En este sentido, tanto para Yrarrázaval como para Fermandois, la consagración explícita de alguno de los aspectos anteriores no parece conveniente. Con todo, para el primero existen ciertos "principios económicos constitucionales"[79] que deben ser reconocidos en la Carta Fundamental; para el segundo resulta

[75] YRARRÁZAVAL (1987) p. 97.
[76] ARIÑO (2004) p. 171.
[77] FERMANDOIS (2006) p. 38.
[78] Ver especialmente YRARRÁZAVAL (1987) p. 98 y FERMANDOIS (2006) p. 38. Ver también GUERRERO (1979).
[79] Ver YRARRÁZAVAL (1987) p. 100.

fundamental consagrar "definiciones básicas del sistema económico".[80-81] Guerrero del Río manifiesta una opinión similar.[82] Para Soto Kloss si hay algo que aparece claro en la Constitución Política de la República, "son los principios que estructuran y vertebran lo que puede llamarse la CE, esto es, el régimen normativo que el constituyente plasmó como cimiento y pilar fundamental en este aspecto".[83]

Bauer va más allá y pensando en el nuevo OPE sostiene que:

> *"Chile es un ejemplo pionero no sólo de la perspectiva neoliberal en el diseño institucional, sino del enfoque de la "Escuela de Chicago" del derecho y las instituciones (...) la Constitución chilena diseña un marco para estimular una economía de libre mercado, con fuerte protección de los derechos y libertades económicas privadas, en el que el poder regulatorio del Estado queda disminuido y se le entrega, además, al poder judicial la tarea de resguardar estos principios".*[84]

Por otra parte, para Ferrada, y desde una perspectiva discrepante y crítica, la Constitución chilena actualmente vigente "no sólo se limita a contener los principios económicos generales, sino que además se enmarca dentro de las que optan claramente por definir una "Constitución Económica" determinada".[85]

[80] FERMANDOIS (2006) p. 39. Fermandois señala, en relación a los efectos constitucionales, "me parece que las bases del sistema económico son aquellas definiciones centrales en tres temas económicos precisos: a) las potestades regulatorias e intervencionistas del Estado en la economía y la forma en que se ejercen y revisan; b) el tema del Estado empresario y su relación con el individuo; y c) las garantías económicas del ciudadano". FERMANDOIS (2006) p. 39.

[81] Para Fermandois ello a su vez está conectado forzosamente con las bases de la institucionalidad. En este sentido: "Salvo determinados preceptos específicos en materia de disciplina fiscal o política monetaria, "lo que hizo la Carta fue ingresar a materias económicas fundamentales para completar el cuadro valórico básico por el que primeramente opta, fundado en la libertad del hombre y en su primacía por sobre el Estado (...) En otras palabras, la identificación y formulación de los pilares económicos fundamentales en la propia Constitución es una consecuencia forzosa derivada de los principios inspiradores reconocidos por el propio constituyente en el capítulo I, de las Bases de la Institucionalidad. La omisión de toda garantía, principio de actividad para la relación hombre–Estado u opción en materia económica habría significado una severa laguna constitucional, una zona de agnosticismo institucional inaceptable para una concepción integral de la sociedad que se pretende fundar, en la que se postula que los principios y valores esenciales que la fundan, la informan en su totalidad, sin exclusiones". FERMANDOIS (2006) p. 40.

[82] Para el autor: "(...) no es posible pretender que la institucionalidad económica signifique propender a consagrar en el sistema constitucional un esquema económico determinado (...) no puede significar consagrar constitucionalmente un modelo económico específico (...) pues eso no haría sino que debilitar el sistema constitucional, ya que cada vez que se modificaran o alteraran las variables sería necesario reformar la Constitución". GUERRERO (1979) p. 79.

[83] SOTO KLOSS (2009) p. 404.

[84] Citado por FERRADA (2000) pp. 4-5.

[85] FERRADA (2000) p. 2.

En otras palabras, y siguiendo a Ariño, este "orden económico constitucional" no puede ser considerado una pieza aislada, sino un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental. Además "hay que enmarcar la Constitución económica dentro de un contexto más amplio: el modelo de sociedad (sociedad libre) y la idea de Estado (Estado de Derecho), que se quiere garantizar a través de la Constitución".[86]

Esta visión también es compartida por Cea. Para el autor:

> *"El tiempo ha demostrado que la Constitución debe contener principios y normas claros y flexibles, pero definidos en materia económica. Esa es, como ya lo hemos observado, la regla general en el constitucionalismo moderno. En la medida que sucede lo expuesto, la economía queda sustraída de los vaivenes políticos contingentes y amparada tanto por la rigidez relativa del Código Fundamental como por la garantía que representa la revisión judicial del principio de supremacía. La imagen de una Carta Fundamental sólo de índole política y, por lo mismo, útil casi únicamente para el funcionamiento de los órganos estatales, pero no para los ciudadanos en sus empresas, trabajos y profesiones, debe ya considerarse obsoleta y superada".*[87]

Esta posición también la encontramos en los debates de la CENC, en sus sesiones N° 388 y siguientes. En este sentido, por ejemplo, destaca la intervención de su presidente en la sesión 400ª, quien estimó que:

> *"(...) no se trata de consagrar una política económica, sino de establecer ciertos principios fundamentales sobre el orden publico económico, los cuales, en el fondo, emanan de la filosofía de la nueva institucionalidad, fundamentada esencialmente en la libertad del hombre y en la iniciativa que deriva de su capacidad creadora, que debe ser respetada por el Estado".*[88]

Ello nos llevará a revisar con mayor detención qué entendemos por OPE, y en una versión moderna, y en sintonía con nuestra Carta Fundamental, por CE.

### 3.2 Del OPE de Cea a la CE de Fermandois

Durante el siglo XX se desarrolló a escala global un concepto de orden público de naturaleza económica distinto del tradicional orden público de derecho privado. La intervención del Estado en la economía fue dándose progresivamente

[86] ARIÑO (2004) p. 171.
[87] CEA (2004) p. 466.
[88] CENC, Actas Oficiales, Sesión 400 (12 de julio de 1978), p. 3160.

y la legislación económica, por consiguiente, fue abarcando nuevos ámbitos de la actividad económica de los particulares en sus relaciones entre sí, de las relaciones entre los particulares y el Estado, y las normas que rigen la acción del Estado y sus organismos en materia económica.[89]

En este sentido, y como sostiene Ariño, el cambio del sentido de la acción del Estado se funda en lo que los desequilibrios económicos y sociales percibidos a principios del siglo XX exigirán: "Es este nuevo derecho de la intervención económica que justifica y legitima, con limitaciones, la intervención del Estado sobre la economía".[90]

Guerrero del Río hace 30 años[91] y Aróstica,[92] de manera más reciente, plantearon de manera elocuente el impacto que tuvo el enfoque económico anterior a la Carta Fundamental en el derecho público chileno. En palabras del primero:

> *"En los últimos tiempos nuestra institucionalidad económica se ha caracterizado por un estímulo creciente al estatismo, un exceso de discrecionalidad administrativa, una escalada demagógica en el debate público, un concepto erróneo de lo que se entiende por planificación, una exacerbación del conflicto social, una pérdida de los valores morales y en general un predominio de la idea del menor esfuerzo para lograr cualquier finalidad económica".*[93]

En nuestro país, la idea de OPE cruza de forma determinante toda la doctrina y jurisprudencia desde 1954 hasta nuestros días. Empero, desde el advenimiento de la Constitución actual, y como ha sostenido entre nosotros Fermandois, cierta doctrina y últimamente también nuestros tribunales superiores de justicia, han comenzado a equiparar el tradicional concepto de OPE al más moderno de CE, idea que proviene de la Constitución alemana de Weimar y se popularizó en la década de los 40.[94]

[89] YRARRÁZAVAL (1987) p. 99. Ariño reconoce tres etapas en la evolución de la relación derecho público y rol del Estado en la economía: "La primera tuvo lugar en los años treinta, cuando los países buscaban soluciones a la "Gran Depresión" del 29; la segunda surge en los años sesenta, motivada por el desarrollismo y la tecnocracia, en su esfuerzo de mantener una prosperidad creciente; la tercera surge en los noventa, para hacer frente a la globalización de la economía y a las medidas liberalizadoras que la acompañan". ARIÑO (2004) p. 39.

[90] ARIÑO (2004) p. 64.

[91] Ver GUERRERO (1979).

[92] Ver ARÓSTICA (2001).

[93] GUERRERO (1979) p. 80.

[94] FERMANDOIS (2006) p. 30. Más aún, para FERMANDOIS (2006) p. 71, "no hay necesidad de agregar el calificativo de "público" al orden económico, puesto que éste incorpora todos los elementos económicos presentes en la sociedad, públicos o privados. Ahora, si lo que se encuentra en análisis es el esquema básico del orden económico, aquel que además goza de supremacía constitucional y por ello se impone sobre el resto de las normas, entonces puede subrayarse su carácter de *público*".

Desde la perspectiva constitucional ha sido la definición de Cea la más aceptada y utilizada por la doctrina y la jurisprudencia desde su formulación a fines de los 70 por parte de este autor. Para Cea el OPE consiste en el "conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución".[95]

Esta definición fue recogida por el TCCh en STC Rol 207 de 1995 y más recientemente reafirmada en STC Rol 546 de 2006. En este último fallo, junto con la definición de Cea y la de Claro Solar, el Tribunal sostuvo en el considerando 8°:

> *"(...) Consiguientemente, como se señala en el Rol N° 207, el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades".*

Y es que a la jurisprudencia del TC al momento de conceptualizar el OPE se suman los planteamientos de los tribunales superiores de justicia de las últimas décadas. En efecto, el OPE es utilizado como justificación de la reducción de la autonomía de la voluntad económica; como justificante del poder sancionatorio del Estado en materia económica; y como fuente del poder regulatorio del Estado-Administrador en el ámbito económico. Muy excepcionalmente, el OPE es invocado en defensa de ciertas garantías como la libertad de trabajo o la libertad económica.[96]

Fermandois ha criticado la posición de Cea de poner el énfasis más en las potestades regulatorias que tiene el Estado en materia económica, que en el conjunto de garantías constitucionales que poseen los individuos en este ámbito para defenderse frente a la intervención estatal. Para el autor:

> *"Es probable que se deba al momento en que se propuso y la cercanía de la época fuertemente dirigista que le precedió, o a la acción de la jurisprudencia que ha recogido constantemente esta precisa definición, o bien al énfasis que*

[95] CEA (2004) p. 463.
[96] FERMANDOIS (2006) p. 44.

*Cea coloca en los vocablos eje de su definición, "organizan" y "regularla"; pero esta aproximación al OPE ha dado lugar, a nuestro juicio, a la desnaturalización de su contenido".*[97]

A Cea le parecieron "inconvincentes" las críticas.[98]

En otro trabajo, Fermandois explica que el énfasis que pone alguna parte de la doctrina nacional en el aspecto *regulatorio* del OPE (en contraposición al *garantístico* o *libertario* de Fermandois), proviene del seguimiento de las ideas iniciales del francés George Ripert.[99]

En la filosofía ripertiana, las estipulaciones privadas que colisionan con las de orden público deben entenderse subordinadas a estas últimas, ya que la autoridad, en uso de facultades conferidas en el área económica, tendría potestades para conducir la economía que se elevan por sobre la voluntad privada.[100]

Para Fermandois, lamentablemente pasó desapercibida la evolución de Ripert hacia posiciones menos regulatorias. Dicho cambio no fue analizado por los seguidores del OPE de Ripert en Chile.[101]

Y es que el problema de fondo del OPE, tal como ha sido reconocido por nuestra doctrina y jurisprudencia, dice relación con la suerte de sacralidad de la que se le ha revestido. Se pretende que algunas regulaciones o potestades estatales se impongan por sobre los derechos y libertades individuales o estipulaciones contractuales solamente por decirse amparado en su calidad de OPE. Sin embargo, su imperatividad emana esencialmente de la jerarquía normativa y consecuencial distribución de funciones del poder estatal, y sólo accidentalmente del OPE. Si deben respetarse esas normas se debe a que han sido ubicadas por el constituyente, legislador, administrador o juez en un lugar constitucional tal que deben obedecerse. Como sostiene Fermandois, una norma administrativo-económica no es coercitiva por pertenecer al OPE, sino porque, si dictada con apego a la ley y a la Constitución, "el Estado de Derecho envuelve su cumpli-

[97] FERMANDOIS (2006) p. 41.
[98] CEA (2004) p. 463. También se refiere a las críticas de AVILÉS (1998).
[99] Ver FERMANDOIS (2005).
[100] A mayor abundamiento, para FERRADA (2000) p. 2 el orden público económico "es un concepto de origen privatista que en lo esencial trata de conectar las normas fundantes del sistema económico con el concepto de "orden público" originario del derecho civil. En este sentido, este vocablo –como lo expone magistralmente Ripert– es una creación de la doctrina iusprivatista francesa de la década de los 40 –recepcionada sin críticas por la doctrina y la jurisprudencia chilenas dominantes–, que trata de dar las primeras respuestas a esta nueva realidad jurídico-económica, desconocida hasta ese momento, en la que el Estado abandona la neutralidad económica y su abstencionismo tradicional, para participar activamente en la conformación del Estado social ahora proclamado por la República".
[101] FERMANDOIS (2005).

miento. Por el contrario, la misma norma administrativa, o incluso legislativa, no necesariamente por tratarse de una regulación económica –considerada por su autor como esencial y por ello perteneciente al OPE– obliga a los particulares si en su forma o fondo contradice la Constitución".[102]

Por estas razones, concordamos con el autor en el sentido de que el concepto de OPE tradicional parece sobrepasado.

Bajo este escenario, el autor nos propone una definición alternativa de OPE como:

> *"el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida de lo posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana".*[103]

Esta definición, que pone el énfasis en el conjunto de garantías económicas que gozan los individuos y en menor medida de los aspectos regulatorios, además le señala una meta al OPE: "el bien común y la plena realización de la persona humana mediante la contribución económica de los diversos agentes".[104] En este sentido, para el autor, "no es admisible que el OPE sea una idea neutra, meramente funcional, desligada de las opciones libertarias y subsidiarias de nuestra institucionalidad (...) Nuestro concepto omite la voz "organizar" y "regular", porque no son de la esencia de un orden económico".[105]

[102] FERMANDOIS (2006) p. 70.
[103] FERMANDOIS (2006) p. 72.
[104] FERMANDOIS (2006) p. 72.
[105] FERMANDOIS (2006) p. 72. Ferrada sintetiza bastante bien el "espíritu" del nuevo OPE chileno: "El logro de las metas perseguidas no se confía a la imposición, por el Estado a los sujetos económicos, de las conductas necesarias para la ejecución del plan, sino que más bien, y preferentemente, a una orientación de tales conductas, conservando así los sujetos económicos la libertad de seguir o no tales orientaciones sin colocarse, en esta última hipótesis, al margen del ordenamiento jurídico. Consecuencia de ello es que los medios de intervención que utilice el Estado deben ser "conformes al mercado" y que las técnicas del orden público económico, consistentes en la determinación del contenido de los contratos y la formación del vínculo contractual por vía de la autoridad, sólo sean admisibles por vía excepcional (...) Así, el establecimiento de metas económicas y sociales relacionadas con el crecimiento y desarrollo económico, la estabilidad financiera y los equilibrios monetarios, la clara opción por formas de organización económica que privilegien la libertad de los agentes económicos y, en particular, la configuración de un régimen jurídico de fuerte protección a los bienes de consumo y de producción de propiedad privada; y la abierta preferencia por el mercado como instrumento fundamental y casi exclusivo en el proceso de asignación de los recursos económicos, son elementos que nos revelan claramente esta conexión explícita entre la Constitución chilena y la "economía social de mercado". FERRADA (2000) pp. 3-4.

Esta mirada ha comenzado a ser seguida o complementada por diversos autores.[106]

Y es que si la Constitución es concebida primordialmente como un límite al poder público, el OPE o la CE también debiera serlo.

La propuesta de Fermandois va de la mano con las ideas del gran tratadista español Gaspar Ariño, quien define CE como "el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución".[107] Y es que para Ariño, no se puede perder el sentido último de la CE: el resguardo de los derechos y libertades individuales.[108]

### 3.3 Bases de la CE. El principio de subsidiariedad como conector entre los enfoques económicos y constitucionales de la regulación

#### *3.3.1 Bases fundamentales de la CE*

El nuevo rol del Estado chileno en materia económica debe contextualizarse con ciertos principios, libertades y derechos reforzados por la Carta Fundamental y que han sido robustecidos por la jurisprudencia del TCCh.

Tales principios no son otros que la primacía de la persona humana, sujeto anterior y superior al Estado (art. 1° inciso 1°); la consecuencial servicialidad del Estado (art. 1° inciso 4° frase 1ª), el cual está al servicio de la persona humana, como medio o instrumento en el orden temporal, para el perfeccionamiento de ella, servicio que se concreta en la promoción o procura del bien común de

[106] Ver FERMANDOIS (2006).
[107] ARIÑO (2004) p. 171.
[108] ARIÑO (2004) p. 42. Sostiene el autor: "Existe la necesidad de otorgar un "espacio de libertad" –cuanto mayor, mejor– a la sociedad civil y obtener un perfil adecuado del derecho público económico y sus principios inspiradores. Al establecer y regular la intervención de los órganos estatales en la economía, el derecho debe mantener, en primer lugar, su función de defender la libertad individual y, por tanto, de limitar –dosificar, medir, cuantificar– el poder de intervención del Estado sobre nuestras vidas, tanto de cada uno de sus órganos, como de su actuación conjunta; y en segundo lugar, debe velar para que ese espacio de libres transacciones y operación económica, que hoy llamamos "mercado", sea suficiente y ofrezca los grados de libertad que necesitan sus protagonistas". En este sentido, no todos los preceptos de las Constituciones tienen el mismo valor según el tratadista: algunos son "principalistas", principios básicos de la configuración jurídico-política del Estado, y otros son secundarios. Los primeros tienen una primacía interpretativa sobre los segundos. Sostiene el autor español: "La Constitución española refleja esta realidad en varios aspectos. Así, por ejemplo, en la especial protección jurisdiccional que establece respecto a ellos, en las "formas jurídicas" que exige para su desarrollo o regulación (reserva de ley, orgánica u ordinaria) y en los requisitos que establece para la reforma o enmienda constitucional de estos preceptos". ARIÑO (2004) p. 174.

la sociedad, con pleno respeto de los derechos de las personas (art. 1° inciso 4° frase 2ª).[109]

A lo anterior se suman el derecho a la libre contratación (art. 19 N° 16), que es una novedad en la Constitución de 1980, puesto que su predecesora sólo garantizaba el derecho al trabajo; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (art. 19 N° 21), cuyo objeto es precisamente otorgar protección al emprendimiento privado y su marco básico, potenciado con el principio de reserva legal; y el reforzamiento del derecho de propiedad y en especial el de propiedad incorporal (sobre contratos), que, aun con las limitaciones de la función social (art. 19 N° 24 inciso 2°), pretendió reforzarse y "acorazarse" por la CENC y su Subcomisión de Propiedad.[110]

Asimismo destacan las normas sobre Estado empresario (art. 19 N° 21, inciso 2°), igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica (art. 19 N° 22), libertad para adquirir el dominio (19 N° 23), igualdad ante los tributos (art. 19 N° 20) y libertad de asociación (art. 19 N° 15).

Por cierto, todo ello sin perjuicio de la cláusula de cierre del artículo 19 de la Carta Máxima, acerca del respeto del regulador a la "esencia" de estas garantías (art. 19 N° 26).

Además, y si quisiéramos ir un poco más lejos aún, pudiera pensarse en lo fundamental que ha resultado el estatuto constitucional del Banco Central (Capítulo XIII), que ha garantizado una autonomía efectiva; y las normas sobre endeudamiento público, incluidas las empresas públicas (art. 63 N$^{os}$ 7, 8 y 9).

Sin embargo, y si pensamos en la CE como aquel conjunto de garantías individuales económicas y las reglas (regulaciones) necesarias para promoverlas, es el *principio de subsidiariedad* el gran articulador de las relaciones individuo, sociedad civil/mercado y Estado. Ello lo convierte en pilar central de la CE.

Es además relevante, porque es la concreción constitucional, o al menos lo que más se acerca, de una mirada que busca limitar el rol del Estado en la economía. En otras palabras, si para la economía neoclásica (liberal) el Estado sólo debe jugar un rol relevante al intentar corregir fallas de mercado y proveer bienes públicos, estamos bastante cerca de lo que el concepto de subsidiariedad estatal consagrado en nuestra Carta Máxima, aplicado al ámbito económico, persigue.

[109] SOTO KLOSS (2009) p. 404.
[110] Ver FERMANDOIS (2006).

En este sentido, la subsidiariedad juega el papel clave de conector entre los economistas escépticos de un Estado regulador, interventor y los juristas que abogan por la defensa de la CE.

Ariño sintetiza este punto de manera clara:

> *"En las sociedades desarrolladas, la capacidad de elegir de las personas es cada vez más grande y, aunque a cierta distancia, las sociedades en desarrollo siguen la misma senda. Esto es, en buena parte una consecuencia de la opción por la economía de mercado, generalizada tras el fracaso del sistema unificador e igualitario impuesto en la Europa del Este. El caso es que esta capacidad de elegir está reforzando las tendencias individualistas ya existentes, lo que a su vez apoya los postulados de la ciencia económica (que, como sabemos, se basa en un comportamiento racional al servicio de sus propios intereses por el "homo economicus"). Pues bien, a nivel jurídico, este fenómeno refuerza también el principio de subsidiariedad del Estado, la regulación para la competencia y demás técnicas protectoras de la libre iniciativa particular (...) La capacidad de elegir, la libre elección de personas y grupos sociales, de empresas y consumidores, se convierte en un objetivo en sí mismo y el derecho y la regulación tienen que poner los medios para facilitarla".*[111]

### *3.3.2 El rol clave del principio de subsidiariedad.*

Proveniente desde la Doctrina Social de la Iglesia que hacia fines del siglo XIX[112] buscaba fijar una posición propia, al momento de acercarse a la cuestión acerca del adecuado modo de relacionarse entre el individuo y su familia, la sociedad civil y el Estado, alejándose del individualismo y del colectivismo extremo, fue desarrollado en nuestro país con fuerza por Jaime Guzmán desde fines de los años 60[113] y a nivel institucional comienza a consagrarse desde "las Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República" de 26 de abril de 1973. Por supuesto, todo lo anterior bastante menor al lado del trabajo del "Comisionado" Guzmán en la CENC al articular las bases fundamentales del principio de subsidiariedad.

Filosóficamente, tanto desde la perspectiva metafísica como teleológica, destaca esta concepción por la primacía que se asigna al hombre por sobre la sociedad y el Estado. Lo anterior fruto de que el hombre es ser sustancial y espiritual.[114]

[111] ARIÑO (2004) p. 49.
[112] Destacan la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII (1891), y su seguidora, *Quadraggesimo Anno* de Pío XI (1931).
[113] Ver por ejemplo los documentos fundacionales del Movimiento Gremial de la UC. Su pensamiento como académico de derecho político y constitucional en ROJAS ET AL (1996).
[114] FERMANDOIS (2006) p. 86.

La doctrina ha sido contundente en su reconocimiento como principio constitucional.[115] Ello ha sido, a su vez, confirmado por la jurisprudencia del TCCh.[116] Con todo, para algunos autores, con epicentro en la Escuela de "Pío Nono", no tiene dicho carácter.[117]

Si bien no hay una definición explícita del principio, a diferencia del principio de autonomías sociales (art. 1° inciso 3°) o de bien común (art.1° inciso 4°), encontramos diversas manifestaciones del mismo. Por supuesto las dos referencias anteriores del artículo 1° son fundamentales. A estas se agregan las normas sobre libertad de asociación (art. 19 N° 15), libertad de enseñanza (art. 19 N° 11), prohibición de monopolio estatal sobre los medios de comunicación y derecho a fundar, editar y mantener medios de comunicación (art. 19 N° 12 incisos 2° y 5°, respectivamente), y la sanción respecto del mal uso por parte de los grupos intermedios de su autonomía (art. 23).

Por cierto en el ámbito económico, la subsidiariedad emana con fuerza del artículo 19 N° 21. Como derecho fundamental que es y configurado como derecho/libertad implica, intrínsecamente, para Soto Kloss "por una parte, una propia y muy específica *limitación* para el Estado legislador y Administración ("respetarlo") en orden (1) a no interferir ese derecho mediante "prohibiciones", respecto de lo cual carece de competencias, ya que la Constitución no se las ha atribuído, y (2) a no afectar su "contenido esencial" (artículo 19 N° 26) respecto a la regulación legal de su ejercicio".[118]

En este contexto, se ha buscado delimitar de manera prolija la intervención del Estado en la sociedad civil y en los mercados. Desde la perspectiva negativa, ello implica un vasto campo a la libre iniciativa individual para el desarrollo de las más diversas actividades, mientras se persigan fines lícitos. En este ámbito se reserva al Estado cumplir sus funciones indelegables o connaturales, básicamente, relaciones exteriores, defensa, administración de justicia y provisión de bienes públicos. Nótese que en este punto la subsidiariedad refleja plenamente los postulados del liberalismo económico clásico.[119]

[115] Ver SOTO KLOSS (2009) pp. 67-89, FERMANDOIS (2006) pp. 89-109, SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 51-53, VERDUGO ET AL (2002) pp. 111-112, SAN FRANCISCO (1992) pp. 529-534, y ALCALDE (2003) pp. 87-90.

[116] Ver por ejemplo STC Rol N° 226-1995 ("Ley de Prensa") y STC Rol N° 352-2002 ("Liceo Manuel de Salas").

[117] Ver RUIZ-TAGLE (2000) y VALLEJO y PARDOW (2008).

[118] SOTO KLOSS (2009) p. 409.

[119] Para profundizar en las dimensiones negativas y positivas del principio, y los criterios de intervención ver SAN FRANCISCO (1992) Y FERMANDOIS (2006).

Como vimos anteriormente ello tuvo impacto decisivo en el replanteamiento del OPE. Como sostiene Fermandois: "Recuérdese que la Carta de 1980 revirtió desde sus bases la opción tradicional en esta materia, reconociendo a la persona supremacía por sobre el Estado y trasladando todo el poder estatal económico no regulatorio a los cuerpos intermedios creados por los particulares, sólo por excepción una actuación subsidiaria".[120]

Desde la perspectiva positiva, se abre al Estado la posibilidad de intervenir subsidiariamente en un determinado ámbito, cumpliendo algunos requisitos copulativos y exigiéndosele a su vez los denominados requisitos post-intervención. Entre los primeros destaca: (a) el que se trate de actividades o fines que apunten al bien común, (b) que los privados no estén logrando un determinado fin o no exista presencia de privados en un ámbito fundamental para el bien común, y (c) que el Estado haya agotado lealmente todos los esfuerzos para que dichas actividades sean desarrolladas por los particulares. Entre los segundos, encontramos que el Estado (d) debe continuar incentivando a los particulares para que tomen o retomen dicha actividad y (e) debe retirarse de un ámbito, abandonando completamente su intervención subsidiaria, una vez que los particulares están en condiciones o estén asumiendo dicha actividad.

Queda de manifiesto de lo anterior el hecho de que, al igual que cualquier principio de acción gubernativa, y siguiendo a Fermandois, la aplicación del principio de subsidiariedad en una sociedad política determinada envuelve complejos problemas de apreciación. La aplicación está principalmente en manos de la autoridad, quien deberá apreciar prudencialmente la existencia o ausencia de los requisitos que justifican la intervención subsidiaria del Estado. Para el autor:

> *"La complejidad de este proceso de apreciación no invalida el esfuerzo que la autoridad debe hacer en todo momento para una aplicación rigurosa del principio. La autoridad debe entenderse en sentido amplio: ejecutiva, legislativa, judicial, gremial, universitaria, sindical, etc. En este punto existen varias inconsistencias que suelen ser repetidas por algunos".*[121]

Y es que los problemas de apreciación, interpretación o aplicación del principio de manera concreta nos pueden conducir al escenario en que hoy nos ha puesto el TCCh, generando un debate, desafortunado a nuestro juicio, que creemos ha puesto en jaque la manera en que se ha entendido tradicionalmente la subsidiariedad por nuestra dogmática y jurisprudencia.

[120] FERMANDOIS (2006) p. 70.
[121] FERMANDOIS (2006) p. 93.

Nos referimos a los fallos del TCCh respecto de inaplicabilidades presentadas frente al artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Desde el primer fallo "Isapre",[122] y con mayor razón desde "Isapre 3",[123] existe una línea argumental que ha desnaturalizado la aplicación de este principio al campo de la salud, afectando un mercado que sin lugar a dudas puede ser catalogado como de "regulado"; se ha vinculado de manera poco clara la subsidiariedad al principio de solidaridad[124] y al efecto horizontal de los derechos fundamentales. Esto último con implicancias fuertemente discutidas en el derecho comparado: imponer a los privados (en este caso, a las Isapres) obligaciones positivas para con otros particulares.

Junto con lo anterior, resulta frecuente por estos días escuchar propuestas que apuntan a que el Estado participe en un determinado mercado. En efecto, las propuestas respecto de la creación de una AFP o una farmacia estatal, un mayor rol del Banco Estado en el sector financiero, son esfuerzos que muchas veces gozan de gran aceptación.

El problema es que el estándar de control de estas y tantas otras propuestas político-legislativas no sólo puede quedar radicado en las normas sobre "Estado empresario", sino ante la subsidiariedad globalmente entendida. Lamentablemente, al ser un principio de acción gubernativa y estar cimentado sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados (e.g., bien común), muchas veces pareciera descansar más bien en buenas intenciones, recomendaciones al legislador y al administrador.

Es por ello, y porque sabemos que allí donde ingresa el Estado, aunque sea "subsidiariamente", resulta difícil que haga abandono, aun cuando los particulares puedan llevar a cabo el 100% de dicha actividad, que la enseñanza de la teoría económica de la regulación y la mejor tradición neoclásica resultan fundamentales en el intento de "objetivizar", a través de parámetros más precisos, aquellas áreas donde es posible que el Estado pueda cumplir un rol subsidiario. En este sentido, y como se analizará a continuación, aquellos que defienden la subsidiariedad en particular y la CE en general desde el constitucionalismo, encontraran en estas visiones económicas criterios más definidos para evaluar la correcta intervención del Estado en la economía.

[122] STC Rol N° 976-07 de 26 de junio de 2008.
[123] STC Rol N° 1218-08 de 7 de julio de 2009.
[124] Sobre esta relación ver VALDÉS (2006).

### 3.5 Evaluación

Una interpretación constitucional sistemática y finalista de nuestra Carta Máxima nos lleva a pensar la CE como un marco robusto de protección, respeto y fomento de la iniciativa particular, iniciativa que se concreta en el encuentro libre y voluntario de millones de oferentes y demandantes en los mercados día a día. Para ello, la regulación estatal debe estar concebida no como las potestades del Estado para regular estos ámbitos, sino como un espacio de fijación de reglas para que surja y prospere la iniciativa privada. En términos simples y como queda de manifiesta de una correcta interpretación de nuestra Carta Máxima, no como OPE, sino como CE.

Ello de suyo está relacionado con el espacio de actuación que tiene el Estado en la economía: utilizar la regulación para la corrección de fallas de mercado y de manera subsidiaria. Ello se conecta, como hemos visto con la cuestión de la eficiencia: el ahogo de la iniciativa privada en mercados competitivos implica una pérdida de bienestar social. Dilapidación de recursos, que por definición son escasos y enfrentan usos alternativos.

Guerrero del Río, uno de los *padres* de la CE, entendió hace más de 30 años este punto con claridad:

> *"(...) No se está negando en absoluto la intervención del Estado en la economía, ya que ella ha pasado a ser necesaria en muchos casos, sino que el problema consiste en determinar cuál es el nivel que puede alcanzar tal intervención y cuál es al forma que ella puede adoptar (...) Si el Estado crece sin criterios de eficiencia económica y si por otra parte asume un rol que va mucho más allá del papel subsidiario que naturalmente le debe corresponder, es obvio que se va deprimiendo la actividad del sector privado y que va repercutiendo en el crecimiento económico general de un país".*[125]

Ello implica pasar desde una concepción del OPE clásico que pone el énfasis en las potestades regulatorias del Estado sobre la economía, hacia uno que, de manera contraria, acentúa los derechos y libertades en el ámbito económico, precisamente garantizando con ello un espacio de autonomía que busca frenar los "tentáculos" estatales.

Y es que si la Constitución fue desarrollada por el constitucionalismo clásico como un instrumento sofisticado de limitación del poder público, resulta evidente que una CE, debe ser pensada como una especie de la anterior. Ello es

[125] GUERRERO (1979) pp. 80-81.

además coherente con la literatura económica que ha demostrado que existen buenas razones para ser escépticos de confiar ciegamente en categorías como el OPE, que suelen ser utilizadas por la autoridad para justificar sus intervenciones en ámbitos de iniciativa privada.

En virtud de lo anterior, un espacio central de nuestro ordenamiento constitucional económico cumple el principio de subsidiariedad. Entendido desde la perspectiva constitucional, cumple el papel de mantener en su justo espacio el rol del Estado en la economía, en los mercados. Ello va de la mano con la mirada garantista de las libertades económicas que promueve la CE.

Desde la perspectiva económica, la subsidiariedad reserva, por razones de libertad y eficiencia, un lugar privilegiado a la libre concurrencia de oferentes y demanda a toda clase de mercados de bienes y servicios. Ello deja al Estado en su rol de poder intervenir, de manera eficiente (siempre que los beneficios de la intervención sean superiores a los costos), frente a las fallas de mercado. Sabemos que esta intervención es problemática por las "fallas de la regulación" y los problemas de acción colectiva. A su vez ello también implica que el Estado genere bienes públicos. Esta generación de bienes públicos no se opone a su participación ahí donde existan bienes privados con componentes de bien público o que generen externalidades positivas, donde se recomienda una participación estatal limitada y focalizada, por ejemplo a través de subsidios.

Con todo, una mala intervención subsidiaria es aquella que utiliza conceptos como bien común (concepto jurídico indeterminado) o algún justificativo económico vago (bienestar social donde ni siquiera se ha realizado la evaluación social de dicha medida) para la consecución de cualquier objetivo, sea este político o para favorecer a determinados grupos de interés. Ello implica un esfuerzo permanente por "objetivizar" a través de parámetros y estándares claros regulatorios el que la intervención estatal se limite a cumplir con los roles antes descritos y bajo un serio escrutinio de costo-efectividad de su actuación. Más aún si estamos ante recursos por definición escasos, con usos alternativos y a los que queremos destinar a aquellas políticas o programas sociales donde alcancen los mayores grados de rentabilidad social.

## 4. Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica

Habiendo revisado en las secciones 2 y 3 las implicancias de la evidencia mostrada por los enfoques económicos de la regulación, en particular de la teoría económica de la regulación; y como ello es coherente con la evolución que ha tenido nuestro derecho constitucional, en particular pasar desde la mirada del OPE tradicional a la de CE; corresponde ahora tratar de juntar ambos enfoques

y darles sentido y aplicación concreta al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, creemos que uno relevante dice relación con plantear la necesidad de fortalecer y reforzar la revisión judicial de la regulación económica. En efecto, la búsqueda de la eficiencia económica, y con ello aumentar el bienestar social, a través de millones de intercambios libres en los mercados, y con ello la libertad, el emprendimiento y la creatividad humana, son objetivos no sólo compatibles, sino esencialmente relacionados. Así, el rol del TCCh y de los jueces en general nos parece fundamental para lograr lo anterior. En otras palabras, la revisión judicial nos parece se convierte en aspecto esencial para garantizar, desde la perspectiva económica, mercados robustos; como también, desde la perspectiva jurídica, garantizar la libertad económica.

Ello nos llevará en esta sección a analizar en qué consiste la revisión judicial económica, sus aspectos conceptuales e importancia; la relevancia de la incorporación de criterios económicos en la revisión judicial; y mostrar dos *tests* desde el derecho comparado que nos parecen particularmente útiles a la hora de que un juez, sea constitucional u ordinario, pueda acometer su labor de examinar el impacto de una regulación económica. Estos tests son el principio de proporcionalidad alemán (que ha sido utilizado por el TCCh) y la doctrina del *hard-look* americana para la revisión judicial de actuaciones de agencias administrativas.

### 4.1 Revisión judicial económica: su importancia

Como hemos visto en otro artículo,[126] el diseño constitucional del proceso legislativo chileno hace bastante costosa la captura del mismo por parte de los grupos de interés: sistema bicameral, iniciativa legislativa exclusiva presidencial, reglas de quórum, respeto a las ideas matrices, sistema de urgencias, veto presidencial, control preventivo del TC, entre otros. En este sentido, nuestra Constitución sin lugar a dudas puede ser una Constitución "modelo" en este ámbito.

Lamentablemente lo que es válido para el proceso legislativo no lo es para la definición de otros marcos regulatorios, aquellos en que juega un fuerte rol la potestad reglamentaria presidencial o las actuaciones a nivel de superintendencias o gobiernos locales. En estos ámbitos, no existe el complejo entramado constitucional de pesos y contrapesos, compartimentalización de la discrecionalidad de la o las autoridades decisorias, altos estándares de transparencia (o al menos equivalentes a los que enfrenta el proceso legislativo), entre otros.

[126] Ver GARCÍA y SOTO (2009).

Por cierto, lo anterior no obsta a que la revisión judicial de la ley (y de las reformas constitucionales) siga siendo decisiva.

Es por ello que futuros esfuerzos desde la perspectiva de generar marcos regulatorios eficientes y que miren el bienestar social, como asimismo sean respetuosos de los derechos y libertades individuales, pasen necesariamente por repensar los procedimientos bajo los cuales actúan estos órganos.

Sin embargo, especial énfasis debe entregarse a aumentar la calidad de la revisión judicial de dichos actos. Nada se saca con intentar potenciar la reserva legal,[127] si una vez que se ha salido de dicho ámbito, de manera legítima o no, los ciudadanos no cuentan con mecanismos para poder tutelar sus derechos y quedan al completo desamparo frente a la discrecionalidad administrativa.

La tensión en esta materia ha sido percibida con claridad en el debate reciente en torno a la creación del Ministerio del Medioambiente y la Superintendencia respectiva. El potencial desequilibrio entre las amplias facultades conferidas a la autoridad administrativa versus la garantía de los derechos individuales, llevó al Ejecutivo a presentar un proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental.[128]

En el mensaje de dicho proyecto se justificó la relevancia de la revisión judicial sobre la base de dicha tensión:

> *"(...) existen buenas razones para promover la potestad administrativa de sanción desde la perspectiva de la calidad regulatoria y la eficiencia de los sistemas de cumplimientos, pero eso no se puede hacer a cualquier precio. Por otro lado, existen buenas razones para acotar las potestades de los organismos administrativos en defensa de los derechos de los particulares, pero eso no puede significar afectar el interés público y el bienestar social de la regulación. Por tal motivo, los sistemas democráticos han tratado de buscar equilibrios. Por un lado, dotando a los organismos administrativos de competencias regulatorias y de sanción, que busquen una finalidad de disuasión efectiva (y no una retributiva) para promover cumplimientos y por la otra, establecer un mecanismo efectivo de revisión judicial de las intervenciones de las autoridades públicas. Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos en un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de*

[127] Ver GARCÍA (2009).
[128] Ver Boletín N° 6747-12, proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, ingresado al Congreso Nacional el 3 de noviembre de 2009.

*la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable".*[129]

*Stricto sensu*, la idea de revisión judicial en el derecho constitucional se asocia a la de *judicial review* americana, que nace con *Marbury v. Madison* (1803).[130]

A su vez, el Diccionario Legal Black la define como "el poder de un tribunal de revisar las acciones de otras ramas o niveles del Estado (*government*); especialmente, el poder de los tribunales de invalidar por inconstitucionales actos legislativos y ejecutivos".[131]

Fermandois, quien considera la revisión judicial económica como *principio* fundamental del nuevo OPE (CE), la ha definido como:

*"aquel principio que exige a todo ordenamiento proveer de las acciones cautelares y recursos sustantivos idóneos, de los tribunales especializados y jerárquicamente convenientes y de las fuerzas ejecutivas eficaces para el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales, que permitan un escrutinio estricto de la conformidad de los actos legislativos, ejecutivos, judiciales y particulares con efectos económicos ante las garantías económicas de la Constitución".*[132]

Se trata así, de una "noción operativa, adjetiva, procesal, pero de tal significación para la efectiva vigencia de las garantías constitucionales económicas, que roza el núcleo sustantivo del OPE".[133]

Hay aspectos *cuantitativos* y *cualitativos* –por poner nombres en extremo simplistas– que considerar, a la hora de pensar en el fortalecimiento de la revisión judicial económica.

Desde la perspectiva "cuantitativa", y como hemos sostenido en otro trabajo, es imprescindible ir avanzando hacia la creación de tribunales especializados en este ámbito.[134] Es lo que ha ocurrido en materia de libre competencia o tributaria-aduanera, como asimismo y como se discute en la actualidad y hemos comentado, lo que podría suceder en materia medioambiental. Estos

[129] Boletín N° 6747-12, p. 8.
[130] Para profundizar en la evolución de este concepto y la importancia de la obra "El Federalista" en esta materia ver GARCÍA (2003).
[131] BLACK'S LAW DICTIONARY (2001) p. 382.
[132] FERMANDOIS (2006) p. 112.
[133] FERMANDOIS (2006) p. 111.
[134] GARCÍA (2008).

esfuerzos no obstan a diseños institucionales alternativos y complementarios: algunos sectores han buscado resolver controversias regulatorias minimizando la judicialización de las mismas a través de paneles de expertos.[135]

Estamos conscientes que esta propuesta –la creación de tribunales especializados– también conlleva una serie de riegos y desventajas.[136] Como advierte el juez Breyer: "La revisión por parte de jueces generalistas aporta a las decisiones técnicas cierto sentido común propio del lego y le proporciona al derecho un necesario grado de coherencia".[137]

Ahora bien, y desde una perspectiva "cualitativa", que nos parece es el mayor desafío que tenemos como país, los esfuerzos de la justicia, y en particular de la justicia constitucional, deben estar orientados a la generación de *tests*, estándares o parámetros de control, como anunciamos en la introducción. Un buen ejemplo de ello, y como se verá más adelante, consiste en la "importación" que ha hecho el TCCh del *test de proporcionalidad* originario del derecho alemán y de gran uso en el derecho comparado en general.

Estos tests, parámetros o estándares de control judicial son fundamentales porque entregan una serie de beneficios. Primero, objetivizan el control realizado por los jueces al generar una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Ello tiene impacto en potenciar razonamientos jurídicos más que simplemente el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental. Segundo, y estrechamente vinculado con lo anterior, ello eleva notoriamente la fundamentación y calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir *accountability* a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa. Tercero, generan niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, Ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*. Ello, por cierto, contribuye a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del legislador o administrador.

### 4.2 La necesaria incorporación de criterios económicos en la revisión judicial económica

Como sostiene el juez de la Corte Suprema Breyer, los casos en que el derecho entraña consideraciones económicas suelen ser aquellos en que el sistema jurídi-

[135] Es el caso de la comisión de expertos en materia sanitaria, DFL N° 70 de 1988; y del panel de expertos en materia eléctrica, DFL N° 4 de 2006 sobre servicios eléctricos.
[136] Algunas de estas discusiones las abordé en GARCÍA y LETURIA (2006). En general la literatura y evidencia empírica se mostraban más bien inclinadas hacia la especialización.
[137] BREYER (2008) p. 48.

co ordena que las cortes deriven la decisión a otros órganos gubernamentales. Éstos pueden surgir, por ejemplo, cuando se ha diseñado una regulación basada fundamentalmente sobre la base de criterios económicos. En estos casos: "las cortes no deben decidir sobre la conveniencia de esa política, sino sobre si ella es tan errónea como para ser calificada de "arbitraria", "caprichosa" o "abuso de discrecionalidad". Es particularmente difícil demostrar que la decisión de un organismo administrativo, o del Congreso, sea *así* de equivocada".[138]

Para analizar las implicancias de lo anterior, tomemos el ejemplo que nos da el propio Breyer sobre su actuación como juez supremo en un caso en que se revisaba una regulación medioambiental.

*Whitman v. American Trucking Associations* (2001) decía relación con la Ley sobre Aire Limpio (Clean Air Act). Los términos pertinentes de esta ley ordenan a la Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA) a establecer estándares ambientales para el aire, cuyo "logro y mantención (...) son requeridos para proteger la salud pública (con) un margen adecuado de seguridad". La Corte sostuvo que este lenguaje no permitía a la EPA considerar costos económicos. Primero, dichos términos nada dicen sobre costos. Segundo, en otras partes similares de la ley sí se mencionan costos económicos. Tercero, la ausencia de dicha mención en esta parte, sumada a su presencia en otras partes, significa que la intención del Congreso fue dejar afuera los costos económicos. Cuarto, la Corte llegó a una conclusión semejante en otros casos similares, en los que señaló que el Congreso no quería que la EPA considerara costos económicos a menos que hubiera una "obligación expresa (...) y clara" de considerarlos. Quinto, no hay tal "obligación clara" aquí.[139]

Breyer redactó su voto disidente, dando razones diferentes para llegar a una conclusión similar, en el sentido que la ley en la generalidad de los casos prohíbe tomar en cuenta los costos económicos.

> *"Nada en este caso particular justificaba apartarse de esa presunción. Sin embargo, lo central de mi voto era señalar que la ley no necesariamente prohíbe toda consideración de costos en casos menos usuales. El lenguaje utilizado, interpretado a la luz de la historia, es suficientemente flexible como para permitir a la EPA tomar en cuenta los costos, por ejemplo, cuando sea necesario evitar resultados contraproducentes (...) la EPA debe tener una potestad similar para determinar si, debido a costos inusualmente altos y a los beneficios inusualmente pequeños, el estándar propuesto resultará contraproducente –al menos*

[138] BREYER (2008) p. 41.
[139] BREYER (2008) p. 42.

*en casos inusuales. A mi juicio, en lo que respecta a considerar costos, la ley no quiere decir "nunca" (...) Me pareció importante manifestarlo".*[140]

Las diferencias entre ambas posiciones quedan a la vista. Si la mayoría entiende "nunca", su interpretación podría generar resultados contraproducentes, que el Congreso podría no haber previsto. Pero la interpretación de Breyer de "a veces" invita entonces a preguntarse ¿cuándo? Para Breyer la respuesta tiene menos que ver con el valor que pueda tener la consideración de costos económicos en casos de contaminación que con el valor que tienen en el derecho las reglas que contienen líneas nítidas:

*"(...) he intentado estimar lo que habría deseado un legislador razonable a la luz de los propósitos básicos de la ley. El grado de "nitidez", de "determinación" o el alcance de una regla legal establecidos en una opinión deberían por sí mismos reflejar una ponderación judicial de las consideraciones pertinentes –sobre costos y beneficios legales, si se prefiere–. Y el Congreso, creo, rara vez intentaría una interpretación legal de líneas nítidas que produjera serios resultados contraproducentes".*[141]

Lo anterior se vincula estrechamente con la necesidad de repensar el rol de los jueces y el derecho en general en nuestros países de tradición continental. Como ha sostenido Ariño, ello es un desafío en términos de mejorar o enriquecer, desde el mundo jurídico, nuestro entendimiento sobre la economía. Piénsese, por ejemplo, en materia de libre competencia, la desventaja en la que se encuentra un abogado litigante incapaz de entender la exposición de un perito economista. Con mayor razón aún, la débil posición en la que se encontraría un Ministro de dicho Tribunal (TDLC).

En palabras de Ariño:

*"La conjunción "economía-derecho", que se da en grandes áreas del moderno derecho público, obliga a pasar por la criba de la racionalidad económica las decisiones jurídicas y, especialmente, las decisiones de los poderes públicos sobre el mercado. El diseño y la interpretación de las regulaciones económicas no es algo inmutable y eterno, inserto en la naturaleza, sino algo coyuntural, que está en función de la tecnología imperante, de la estructura de los mercados (...) La interpretación de las reglas estará vinculada a los fines de una política sectorial eficiente y racional, más que a un hipotético contenido conceptual de las normas que regulan estos sectores. La interpretación teleológica se impone*

[140] BREYER (2008) p. 42.
[141] BREYER (2008) p. 44.

*aquí con toda evidencia (...) ya que entendemos que su interpretación y aplicación debe realizarse con criterios jurídicos y económicos teniendo en cuenta fundamentalmente la función económica de la norma, ya que de si lo que se trata es de ordenar o regular la economía, es evidente que la interpretación tiene que ser acorde con la "naturaleza de las cosas", que es económica".*[142]

El análisis económico del derecho ha estudiado de manera cuidadosa y con bastante respaldo empírico, cómo las sentencias judiciales afectan los comportamientos y expectativas de autoridades, litigantes y ciudadanos.[143] En otros trabajos hemos profundizado sobre este tema.[144]

En materias económicas donde el Estado y los privados miden fuerzas ello cobra gran relevancia. Un botón de muestra. En un caso de expropiación, cualquier regla jurisprudencial que resuelva "salomónicamente" o que, en otras palabras, promedie aritméticamente las pretensiones de expropiante y expropiado es (a) una "invitación" al litigio y (b) una invitación al juego del "tejo pasado". La señal es clara: cada parte, y futuras partes que conocen este proceso, presentarán pretensiones de indemnización excesivamente alejadas, para que se promedien. Ello lleva al expropiado a pedir mucho más incluso del valor subjetivo que le asigna a su propiedad, y probablemente al expropiante a tratar de querer pagar menos que el justo valor de mercado o el daño patrimonial efectivamente causado.

Aunque parezca absurda y económicamente ineficiente, las soluciones "salomónicas" abundan como criterio jurisprudencial. Con todo, el derecho regulatorio chileno se ha hecho cargo de esta cuestión a través de un diseño institucional alternativo, pero que bien podría ser seguido como estándar jurisprudencial. Así, parece interesante ver si la solución es analogable a lo que sucede en materia de expropiación y en tantas otras áreas.

El primer ejemplo lo encontramos en el DFL N° 70 de 1988 sobre tarifas en materia sanitaria, donde se establece en el artículo 10 inciso sexto, que la comisión de expertos que resuelva las diferencias de fijación tarifaria entre la empresa regulada y la Superintendencia del sector, deberá pronunciarse "sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, en mérito de los fundamentos y antecedentes de los respectivos estudios, *optando de manera fundada por uno de los dos valores, no pudiendo adoptar valores intermedios"* (el destacado es nuestro).

[142] ARIÑO (2004) pp. 49-50.
[143] Ver POSNER (2000) y SHAVELL (2004).
[144] Ver especialmente GARCÍA y LETURIA (2006).

Asimismo, el DFL N° 4 de 2006, sobre servicios eléctricos,[145] establece en el artículo 211 inciso tercero, que el panel eléctrico en el dictamen que pronuncie para resolver las discrepancias[146] entre dichas empresas, deberá *"optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios"*. (el destacado es nuestro).

Es cierto que en este último caso sólo se resuelve una controversia entre privados, pero ambas reglas analizadas apuntan al mismo fin, cual es la obligación que el ente decisor, sea panel de expertos (institucionalizado o no) o un juez, deba adoptar una de las posiciones en juego, para evitar las nocivas consecuencias de los sistemas de promedio.

Veamos otro ejemplo en esta materia.

Hace algún tiempo se hizo en Perú una encuesta entre un conjunto de jueces.[147] Se les puso un caso hipotético en el que tenían que resolver sobre el desalojo de una viuda con cinco hijos que había dejado de pagar la renta como consecuencia de su precaria situación económica, y que por tanto debía desocupar el inmueble. Había la posibilidad de declarar nulo todo lo actuado en base a un defecto procesal que, aunque discutible, admitía una interpretación que llevaba a tal consecuencia. Con ello se hubiera garantizado la permanencia de la viuda en la casa por cerca de un año más. La pregunta era si, por razones de equidad, adoptarían tal interpretación a fin de evitar que la viuda fuera desalojada.

La inmensa mayoría de los jueces fueron categóricos en afirmar que acogerían la interpretación que les permitiera proteger a la viuda de la intemperie. Normalmente justificaban su decisión en la equidad que debía aplicarse a cada caso concreto y en las terribles consecuencias que ello tendría para la señora y sus hijos.

Uno de los jueces, sin embargo, contestó que no aceptaría una interpretación en tal sentido y que procedería a efectuar el desalojo. Cuando se le preguntó la razón dijo que lo hacía por equidad. Según él, si acogiera la otra interpretación lanzaría el mensaje a los arrendadores de que los jueces suelen proteger a las viudas con hijos. Esto implicaba reconocer que las viudas podrían eventualmente dejar de pagar sus obligaciones y demorar el lanzamiento más que el

[145] Que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 1 de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica.
[146] Ver artículo 208 de este cuerpo normativo.
[147] Este ejemplo está tomado de BULLARD (2006) pp. 58-60.

resto de los ciudadanos. La consecuencia de la decisión sería entonces que los propietarios de inmuebles serían reacios a alquilar sus propiedades a viudas con hijos por temor a no poder desocupar el predio cuando incumpliese, o los que aceptarían cobrarían rentas más altas para compensar los riesgos que asumían. Preferiría una viuda en la calle por no pagar, que 100 viudas en la misma calle, pero esta vez por no poder encontrar quién les arriende un techo en donde vivir.

El juez había tenido la visión de comprender que la justicia y la equidad no se agotan en la relación del propietario con la viuda concreta, sino que favorecer a esta viuda perjudicaba a las demás. Se obligaba a las viudas sin hogar a soportar el peso de los beneficios que recibía la viuda con techo pero que no pagaba la renta. Sin duda, ésta era una decisión difícil, pero muestra la necesidad de comprender a la equidad en una dimensión mayor, más social y más enfocada hacia las necesidades generales y no sólo hacia situaciones individuales.

### 4.3 Dos tests en el derecho comparado: proporcionalidad y *hard look* para la revisión de actuaciones administrativas

A continuación se analizarán dos tests desarrollados en el derecho comparado y que son decisivos a la hora de evaluar la regulación económica desde la perspectiva de su conformidad a la Constitución y a la ley. Lo relevante de ambos tests es que por su naturaleza y diseño llevan implícito el uso del razonamiento económico para la evaluación de normas jurídicas, lo que los hace particularmente útiles para nuestros propósitos.

#### *4.3.1 Proporcionalidad*

De conformidad con su caracterización convencional, según el autor español Javier Barnes, se entiende por "proporcionalidad" en sentido amplio –también denominada "prohibición de exceso"– el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser "susceptible" de alcanzar la finalidad perseguida, "necesaria" o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y "proporcional" en sentido estricto, es decir, "ponderada" o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal –en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)– debe ser *útil, necesaria y proporcionada.* Cada uno de los principios que lo integran (utilidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser *idóneo* en relación

con el fin; necesario –el más moderado– respecto de todos los *medios útiles*, y proporcionada la ecuación costos-beneficios.[148]

Este principio que surge del derecho alemán de entre guerras, ha sido caracterizado por Alexy como un "mandato de optimización" porque impone al resolutor de un conflicto la obligación de buscar una alternativa óptima y lícita.[149]

Desde la perspectiva alemana, de los "creadores" de este *test*, y como ha sido aplicado por el TC alemán, se debe cumplir con un test copulativo de 4 pasos, que es ligeramente diferente al propuesto en España, como hemos visto:[150]

a) La interferencia con una libertad o la propiedad debe servir a un fin legítimo.
b) La interferencia debe ser idónea para alcanzar dicho fin.
c) Debe ser la intervención menos restrictiva de entre las alternativas disponibles.
d) La intervención no puede ser excesivamente gravosa.

Una modalidad interesante es el *test* o *Juicio de Igualdad* que ha propuesto Fermandois en materia de juicio de discriminación no arbitraria.[151] El autor ha propuesto en Chile el concurso de tres elementos para sistematizar el contenido de la garantía de la igualdad ante la ley y en la ley, por la vía de identificar cuál es el contenido del juicio discriminatorio no arbitrario. Tal juicio:

1. No distingue, al imponer regulaciones, restricciones o al conceder beneficios, entre quienes se encuentran vinculados por un elemento esencial común y que por tanto pertenecen a la misma categoría de sujetos;
2. Es proporcional en el medio propuesto por la norma en relación al fin que persigue la norma (razonable en sí);
3. Es proporcional en la entidad o intensidad de la regulación en relación a la sofisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma (razonable en relación a la categorización efectiva).

Desde la perspectiva económica, y volviendo al principio de proporcionalidad, no podemos dejar de notar que se trata, por su naturaleza, de un instrumento con un fuerte componente de evaluación costo-beneficio, herramienta particularmente útil desde la perspectiva de la revisión judicial de la regulación económica.

[148] BARNES (1994) p. 500.
[149] Ver ALEXY (2002).
[150] ENGEL (2001) p. 3.
[151] FERMANDOIS (2006) p. 263.

¿Por qué en la aplicación del principio de proporcionalidad el TCCh puede jugar un rol distinto al que puede jugar un evaluador de política pública (legislador o Dirección de Presupuesto)? La respuesta obvia podríamos encontrarla en su carácter de actor desinteresado del proceso político, lo que le entrega mayores grados de imparcialidad. Sin embargo, junto con lo anterior, podría encontrar con igual o mayor legitimidad, el hecho de que no sea quien comience dicha evaluación, y sólo reaccione ante el impulso externo de quienes alegan la infracción de la supremacía constitucional o vulneración de derechos constitucionales.[152]

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por el TCCh, aunque a nuestro juicio aún no ha sido utilizado de manera consistente y propiamente como un *test*. Fue reconocido por primera vez explícitamente por la jurisprudencia del TCCh en diciembre de 2007 en la STC 790-07.

En el considerando 22° de dicha sentencia, y citando a la Suprema Corte de Justicia de México, sostuvo el Tribunal:

> *"que sostiene que al cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella..."* (Sentencia 988/2004, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, diciembre de 2004, p. 362).

### *4.3.2 Revisión judicial sobre agencias regulatorias americanas:* hard look doctrine

Como hemos dicho al comienzo, la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación resulta, muchas veces, mucho más sencilla que aquella orientada a la revisión de las acciones de las agencias administrativas (e.g., Superintendencias), que en nuestro país gozan de gran deferencia judicial. Ello en virtud del complejo entramado institucional garantista de las formas y el respeto a los derechos individuales, que ha dispuesto nuestra Carta Fundamental.

Es por ello que nos parece en extremo útil revisar cómo los jueces americanos abordan esta cuestión, sobretodo dado que nuestro modelo de agencia regulatoria por excelencia, las superintendencias, deben su diseño en buena

[152] ENGEL (2001) p. 13.

parte a las agencias regulatorias independientes americanas. Sin embargo, ello no implicó que se "importara" asimismo, el complejo entramado de pesos y contrapesos bajo los cuales actúa, entre ellos, un fuerte control judicial.[153] Ello es un buen ejemplo de las advertencias que suelen hacer los comparativistas respecto de la "importación" de instituciones legales extranjeras.[154]

La revisión judicial en Estados Unidos de las actuaciones de la agencia se centra en aspectos orientados al: *control del procedimiento* seguido por la agencia (no un control de mérito), donde se analiza el proceso que llevó a la agencia a tomar una determinada decisión; *control del expediente*, donde se analiza el conjunto de informes, documentos, audiencias, etc., que conforman el expediente administrativo; y aplicación de la *doctrina del hard look* (mirada dura), que implica que el juez analice el proceso analítico de la agencia conducente a la decisión final, esto es, por qué tomó una decisión y descartó otras.[155]

Así, el juez americano no construye su propio expediente (e.g., analizando e incorporando nuevos documentos), sino que analiza y vuelve sobre el proceso efectuado por la agencia. Hay, por tanto, bastante deferencia respecto de la interpretación de la agencia, porque se acepta su mayor experticia en el ámbito regulatorio. Ello no obsta, como se ha visto, a que enfrente una revisión judicial exigente.[156] Por lo pronto, mucho mayor que la que enfrenta el legislador. En efecto, el escrutinio tradicional aplicado por los jueces para analizar una regu-

[153] Ver GARCÍA (2008). En esta parte tomamos algunas de las ideas desarrolladas en dicho artículo.

[154] Ver, por ejemplo, el tratado de SCHLESINGER ET AL (1998).

[155] Como recuerda Comella, en el pasado, el estándar de revisión aplicado tradicionalmente a los reglamentos había sido el *arbitrary and capricious*: "Este criterio se traducía en un primer periodo en una mínima indagación en la racionalidad de la norma, esto es, su capacidad general para acomodarse al mandato legislativo. Con el tiempo, esta doctrina general de interdicción de la arbitrariedad se desdobló en un criterio de racionalidad y otro de razonabilidad. Este último supone una indagación más profunda en el concreto proceso decisorio, al objeto de averiguar si la resolución final fue emitida a la luz de una completa información sobre el problema a resolver y si las técnicas adoptadas permiten un cumplimiento de los fines propuestos que guarde una relación de proporcionalidad en relación a los objetivos de la ley. En todo caso, se trata de un juicio negativo; el tribunal nunca se pronuncia sobre cuál hubiera sido la solución óptima, sino únicamente sobre si la adoptada puede incluirse dentro del elenco de las posibles. Ello acota el campo de discrecionalidad administrativa, excluyendo de la competencia judicial el juicio de oportunidad. En la idea del *hard look* lo que interesa es el procedimiento como mecanismo suficiente para examinar la diligencia del órgano en procura de una decisión bien informada". COMELLA (1997) pp. 53-54. En este sentido, sostiene el mismo autor: "exigir a la agencia que devele la gama de alternativas consideradas y las razones técnicas o jurídicas para el rechazo o adopción de cada una de ellas, el tipo de datos obtenidos o las extrapolaciones realizadas y su justificación, suponen en realidad un examen sobre la conveniencia o la proporcionalidad de los aspectos sustantivos del reglamento". COMELLA (1997) p. 56.

[156] Esta deferencia es fruto de la doctrina *Chevron*, que obliga al juez a seguir el *test de dos pasos (two-step inquiry)*. "El primer paso le obliga a examinar la ley de cuya aplicación se trata; si concluye que su sentido es claro para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a examinar la ley de cuya aplicación se trata, si concluye que su sentido es claro para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a contrastar ese sentido con el que propugna la administración y el problema termina ahí. Pero si el juez concluye que el sentido de la ley es ambiguo, esto es, que en su texto no resulta inequívocamente una solución

lación, el estándar de "racionalidad", será mayor o menor dependiendo de su fuente, legislador o agencia. En el primer caso, la deferencia será mucho mayor.[157]

Wald ha puesto de relieve dos aspectos relevantes de este esquema de revisión judicial. En primer lugar, y en sintonía con lo que veíamos anteriormente, dado que muchas veces hay un mandato del legislador a la agencia para tomar en cuenta el análisis económico de una determinada medida (e.g., balance costo-beneficio), ello implica a su vez un desafío para los jueces respecto del control de este parámetro. En segundo lugar, ello no implica que los jueces puedan reemplazar las regulaciones propuestas por el legislador y la agencia por sus propias convicciones en materia de política o regulaciones.[158]

Afortunadamente, en el proyecto que crea el Tribunal Ambiental se ha generado una verdadera revolución en esta materia. El proyecto consagra estándares de revisión judicial sobre los actos administrativos ambientales, para ser considerados por los jueces al momento de resolver sus asuntos.

El proyecto clasifica dichos estándares en:[159]

(a) *de legalidad*, que supone verificar la legalidad de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate;

(b) *de razonabilidad*, por la cual los jueces deben establecer si el acto de la Administración ha sido razonable, para lo cual deberá verificar, por ejemplo, que el acto no ha sido dictado de una manera caprichosa o arbitraria, ni en abuso de su potestad discrecional;

(c) *de procedimiento e información*, lo que se traduce en que el acto ha sido dictado conforme al procedimiento administrativo exigido por la ley, que los actos dictados se encuentran respaldados en pruebas sustanciales y debidamente acreditados en el procedimiento administrativo; y que el acto disponga de información técnica adecuada que lo justifique; y

(d) *de revisión plena*, teniendo el tribunal plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificación de hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustitución de la decisión en la parte que corresponda.

precisa para la cuestión planteada, entonces debe adentrarse en el segundo paso, que consiste en dar deferencia a la interpretación que haya hecho la Administración, siempre que no sea abiertamente irrazonable". GARCÍA DE ENTERRÍA (1995) p. 191.

[157] Ver MASHAW (1997).

[158] WALD (1984) pp. 44-45.

[159] Boletín N° 6747-12, pp. 14-15.

Un mensaje final para cerrar esta sección. Para Breyer, la revisión judicial no debe ser amedrentada, autocensurarse o ser en extremo deferente con las actuaciones de las agencias administrativas, en razón de su mayor experticia en un área regulatoria determinada. El llamado del juez Breyer a sus pares es significativo:

> *"¿Cabría esperar que un panel de jueces no técnicos haga otra cosa que no sea aceptar como racional la decisión del órgano administrativo en un asunto tan complejo? En un caso de este tipo, ¿es posible que un juez que carece de formación técnica (incluso lleno de dudas) califique sin titubeos la decisión que adoptó el experto del organismo como "irracional" y proceda a revocarla, particularmente cuando se trata de un asunto tan reñido que incluso un juez con ese tipo de experiencia titubearía en hacerlo? (...) ¿Debemos, entonces, abandonar la revisión judicial en casos altamente técnicos o aplicarla en un aspecto superficial? No me parece que debamos hacerlo. Es correcto que la ley prohíba que los organismos administrativos, en nombre de la experticia técnica, escapen a los controles de otros; nuestra propia tradición obliga a los jueces a velar porque las decisiones de los órganos administrativos se mantengan dentro del límite de lo razonable (...)".*[160]

### 4.4 Evaluación

Fortalecer la revisión judicial de la regulación económica parece un corolario necesario dadas las implicancias y los objetivos que persiguen demostrar y defender la teoría económica de la regulación y el constitucionalismo defensor de la Constitución Económica. En este sentido, no sólo importa el *fondo* perseguido a través de la revisión judicial económica, que no es otra cosa que la defensa de las libertades individuales en el ámbito económico; sino, además, es relevante la *forma*: la existencia de una metodología para el escrutinio de regulación con impacto económico.

En efecto, a través de la creación de *tests*, parámetros o estándares de control judicial se generan diversos beneficios sociales.

En primer lugar, se tratar de buscar un control lo más objetivo por parte de los jueces, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Ello tiene impacto en potenciar razonamientos jurídicos más que simplemente el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental.

[160] BREYER (2008) pp. 47-48.

Segundo, y estrechamente vinculado con lo anterior, ello eleva notoriamente la fundamentación y calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir *accountability* a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa.

Tercero, generan niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, Ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*. Ello por cierto, contribuye a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del legislador o administrador.

Nótese además, también desde la perspectiva de la certeza jurídica, que los *tests* pueden llegar a cumplir en la práctica, un rol equivalente al de los precedentes en el sistema de *common law*. En efecto, una aplicación continua y permanente de estos tests va obligando al juez a razonar y a seguir la metodología que ha utilizado para casos similares al momento de fundamentar una nueva sentencia. Claro está, si como hemos propuesto en otros trabajos,[161] hay espacio para una incorporación parcial del *stare decisis* al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, el efecto multiplicador del uso de tests resulta evidente.

Finalmente, cuando hablamos de la revisión judicial de la regulación económica, nos parece resulta fundamental el que los criterios económicos sean relevantes para el juzgador a la hora de decidir jurídicamente.

## V. Conclusiones

El presente artículo ha tenido por objeto intentar conciliar las lecciones que nos entrega la mirada de las ciencias sociales, en particular, el enfoque económico, acerca de qué implica y como se genera un marco regulatorio, con la forma en que el iuspublicismo chileno se ha hecho cargo del fenómeno regulatorio.

En este sentido, hemos vistos que, mientras desde la perspectiva económica se ha avanzado desde un modelo que mira las regulaciones desde el prisma de su intento por corregir "fallas de mercado" hacia uno más realista centrado en los grupos de interés y cómo ello genera "fallas de Estado", lo que invita a ser escépticos respecto de la intervención estatal en la economía y a privilegiar la iniciativa privada y las soluciones de mercado; la dogmática y jurisprudencia nacional sigue más bien entrampada en ver la benevolencia e infalibilidad del regulador bajo el prisma del OPE. Los esfuerzos en contrario, esto es, desde aquellos que defienden la CE, si bien robustos y crecientes, aún son insuficientes y no han permeado de manera suficiente la jurisprudencia.

[161] Ver GARCÍA (2009b) y GARCÍA y VERDUGO (en prensa). Ver también ZAPATA (2008).

Lo anterior no sólo nos lleva a fortalecer el principio constitucional de subsidiariedad, eje en la articulación de la relación individuo-sociedad civil-mercado y Estado en la manera en que actúa conciliando la mejor doctrina económica con la mejor doctrina constitucional; sino, también a fortalecer la revisión judicial de la regulación económica. Ello implica garantizar de manera efectiva un espacio para la libertad económica y para los mercados libres. Sin embargo, dicha revisión, para ser efectiva, requiere de una cierta metodología. Lo positivo, es que existen tests, parámetros o estándares de control jurisprudencial en el derecho comparado, que por su propia naturaleza (e.g., fuerte componente de evaluación costo-beneficio) son particularmente aptos para controlar regulaciones económicas.

## Bibliografía

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003): *Los principios generales del derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 280 pp.

ALEXY, Robert (2002): "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N° 66: pp. 13-64.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1999): *Principios de Derecho público económico* (Granada. Editorial Comares), 601 pp.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): *Principios de Derecho Público Económico* (Madrid, Ariño y Asociados Editores), 1069 pp.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico* (Santiago, Universidad Santo Tomás), 164 pp.

AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel (1998): *Orden Público Económico y Derecho Penal* (Santiago, Conosur), 355 pp.

AYRES, Ian, y BRAITHWAITE, John (1995): *Responsive Regulation: Trascending the Regulation Debate* (Oxford University Press), 216 pp.

BALDWIN, Robert (1996): *Rules and Government* (Oxford, Clarendon Press), 360 pp.

BARANDARIÁN, Edgardo (2001): "La regulación de los derechos fundamentales", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol.2, N° 28: pp. 363-394.

BARNES VÁZQUEZ, Javier (1994): "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", en *Revista de Administración Pública*, N° 135: pp. 495-538.

BREYER, Stephen G. (1982): *Regulation and its Reform* (Cambridge, Harvard University Press), 486 pp.

BREYER, Stephen (2002): *Administrative Law and Regulatory Policy, problems text and cases* (5ª edición, Nueva York, Aspen), 1224 pp.

BREYER, Stephen (2008): "Razonamiento Económico y Revisión Judicial", en *Estudios Públicos* (CEP), N° 109, pp. 38-55.

BECKER, Gary (1983): "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", en *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98: pp. 371-400.

BERNSTEIN, Marver (1955): *Regulating Business by Independent Commission* (New York, Princeton University Press), 306 pp.

BUCHANAN, James M., y TULLOCK, Gordon (1962): *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbor, University of Michigan Press), 247 pp.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2006): *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales* (Palestra, Lima), pp. 41-42.

CALABRESI, Guido (1991): "The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further", en *Yale Law Journal*, N° 100: pp.1211-1245.

CAMACHO CEPEDA, Gladys (2005): "La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias", en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis), pp. 423-432.

CARMONA SANTANDER, Carlos (2001): "Un nuevo estado de la relación ley-reglamento: El ámbito del reglamento", en *Revista de derecho Público* (UCH), Vol. 63, N° 2: pp.154-190.

CEA EGAÑA, Jose Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos Deberes y Derechos* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 679 pp.

COASE, Ronald (1960): "The Problem of Social Cost", en *The Journal of Law and Economics,* Vol. 3, N° 1: pp. 1-44.

DE TOCQUEVILLE, Alexis (2001): *La Democracia en América* (México D. F., Fondo de Cultura Económica), 751 pp.

ENGEL, Christoph (2001): "Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie", en *Preprints aus der Max-Planck- Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter* (Bonn, Max Planck Institute for Research on Collective Goods), 24 pp.

FARBER, Daniel A. (Ed.) (2007): *Public Choice and Public Law* (Massachustes, E. Elgar), 408 pp.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001): "La Reserva Legal: Una Garantía Sustantiva que desaparece", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 18, N° 2: pp. 287-298.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2005): "Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: Auge y Caída de una Visión Dirigista", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 32, N° 1: pp. 7-18.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Universidad Católica), 333 pp.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2000): "La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas", *Revista de Derecho* (U. Austral), Vol. 11: pp. 47-54.

FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, Luis Carlos (1986): "Constitución y Sistema Ecónomico", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N° 18: pp. 233-244.

FLEURBAEY, Marc; TUNGODDEN, Bertil, y CHANG, Howard (2003): "Any Non-welfarist Method of Policy Assesment Violates the Pareto Principle: A Comment", en *Journal of Political Economy*, N° 111: pp. 1382-1404.

FONTAINE TALAVERA, Arturo (1985): "Libertad cultural, pluralismo político y capitalismo", en *Estudios Públicos* (Santiago, Centro de Estudios Públicos), Vol. 19: pp. 1-20.

FRIEDMAN, Milton (1962): *Capitalism and Freedom* (Chicago, The University of Chicago Press), 412 pp.

GALETOVIC PÖTSCH, Alexander, y SANHUEZA PALMA, Ricardo (2002): *Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?* [04 de diciembre 2008] Disponible en: www.cepchile.cl/dms/archivo_3029_529/rev85_galetovic.pdf

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2003): "El control de constitucionalidad en El Federalista y los fundamentos de una sociedad libre", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 30, N° 3: pp. 491-514.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2008): "El proceso legislativo sin romance: implicancias para el derecho constitucional chileno", en *Ius et Praxis* (U. de Talca), Vol. 14, N° 2: pp. 489-522.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009): "¿Inflación de Superintendencias? Una mirada crítica desde el derecho regulatorio" *Actualidad Jurídica* (UDD), Vol. 19, N° 1: pp. 327-372.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2009b): "Corte Suprema y Gobierno Judicial: un programa de reformas" *Actualidad Jurídica* (UDD), Vol. 20, N° 1: pp. 81-121.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y LETURIA INFANTE, Francisco Javier (2006): "Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Diagnóstico, evidencia y lineamientos de propuestas", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 33, N° 2: pp. 345-384.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y SOTO VELASCO, Sebastián (2009): "Una mirada económica al diseño constitucional chileno: impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés", en *Ius et Praxis* (U. de Talca), Vol. 15, N° 1: pp. 353-372.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (en prensa): "Tribunal Constitucional, certiorari y precedente", en *II Jornadas de constitucionalistas jóvenes* (U. Católica del Norte-Coquimbo).

GUERRERO DEL RÍO, Roberto (1979): "La Constitución Económica", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 6, N° 1-4: pp. 79-94.

HAYEK, Friedrich (1991): *Los Fundamentos de la Libertad* (Madrid, Unión Editorial), 368 pp.

HAYEK, Fredrich (2000): *Camino de Servidumbre* (Madrid, Alianza Editorial), 302 pp.

HAYEK, Friedrich (2006): *Derecho, Legislación y Libertad* (Madrid, Unión Editorial), 556 pp.

KAPLOW, Louis, y SHAVELL, Steven M. (2001): "Any Non-welfarist Methods of Policy Assesment Violates the Pareto Principle", en *Journal of Political Economy*, Vol. 109: pp. 281-303.

LARROULET VIGNAU, Cristián, y MOCHÓN MORCILLO, Francisco (2003): *Economía* (Madrid, McGraw Hill), 885 pp.

MASHAW, Jerry L. (1997): *Greed, Chaos, & Governance* (New Haven and London, Yale University Press), 231 pp.

MERCURO, Nicholas, y MEDEMA, Steven (2006): *Economics and the Law* (New Jersey, Princeton University Press), 383 pp.

SCHLESINGER, Rudolof, BAADE, Hans, HERZOG, Peter, y WISE, Edward (1998): *Comparative Law* (6ª edición, New York, Foundation Press), 1013 pp.

MORGAN, Bronwen, y YEUNG, Karen (2007): *An Introduction to Law and Regulation* (Cambridge, Cambridge University Press), 353 pp.

MUELLER, Dennis (1997): *Perspectives on Public Choice: A Handbook* (Cambridge, Cambridge University Press), 389 pp.

MUELLER, Dennis (2003): *Public Choice III* (Cambridge, Cambridge University Press), 681 pp.

NISKANEN, William A. (1971): *Bureaucracy and Representative Government* (Chicago, Aldine, Atherton), 356 pp.

OGUS, Anthony (2004): *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Portland, Hart Publishing), 355 pp.

OGUS, Anthony (2008): *Economics and the design of regulatory law* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: www.iea.org.uk/files/upld-book438pdf?.pdf

OLSON, Mancur (1965): *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups* (Cambridge, Harvard University Press) 254 pp.

PELZTMAN, Sam (1976): "Towards a More General Theory of Regulation", en *Journal of Law and Economics*, N° 16: pp. 211-240.

POSNER, Richard (1974): "Theories of Economic Regulation", en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, N° 2: pp. 335-358.

POSNER, Richard (2000): *El Análisis Económico del Derecho* (México D.F., Fondo de Cultura Económica), 682 pp.

PROSSER, Tony (2000): "Regulation, Markets and Legitimacy", en JOWELL, Jeffrey, y OLIVER, Dawn: *The Changing Constitution* (Oxford, Oxford University Press) 387 pp.

ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo; ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela, y DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio (1996): *Derecho Político. Apuntes de clases del Profesor Jaime Guzmán Errázuriz* (Santiago, Ediciones UC) 192 pp.

ROMERO GUZMÁN, Juan José (2008): "¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 35, N° 1: pp. 9-35.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2000): "Principios constitucionales del Estado empresario", *Revista de Derecho Público* (U. de Chile), Vol. 62: pp. 49-65.

SHAVELL, Steven (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press), 738 pp.

SAN FRANCISCO REYES, Alejandro (1992): "Jaime Guzmán y el Principio de Subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 19, N° 3: pp. 527-548.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional. la Constitución de 1980. Antecedentes y génesis* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo III.

SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing), 788 pp.

STEARNS, Maxwell (1997): *Public Choice and Public Law* (Cincinnati, Anderson), 876 pp.

STEARNS, Maxwell L., y ZYWICKI, Todd (2008): *Public Choice concepts and Applications in Law* (Inédito)

STIGLER, George, y FRIEDLAND,Claire (1962): "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity", en 5 *Journal of Law and Economics*, pp. 1-16.

STIGLER, George (1971): "The Theory of Economic Regulation", en *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, N° 1: pp. 1-21.

SUNSTEIN, Cass (1990): *After the Rights Revolution* (Cambridge, Harvard University Press), 284 pp.

SUNSTEIN, Cass R. (2005): *Boundedly Rational Borrowing: A Consumer's Guide* [04 de diciembre de 2008] Disponible en: http://ssrn.com/abstract=772186

THALER, Richard, y SUNSTEIN, Cass (2008): *Nudge* (Yale University Press), 293 pp.

TULLOCK, Gordon (1967): "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft", en 5 *Western Economic Review*, pp. 224-232.

VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *Libre competencia y monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 722 pp.

VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo, y PARDOW LORENZO, Diego (2008): "Derribando mitos sobre el Estado Empresario", *Revista Chilena de Derecho* (PUC), Vol. 35, N° 1: pp. 135-156.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, y PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2002): *Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo I.

WALD, Patricia M. (1984): "Judicial Review of Economic Analyses", *Yale Journal on Regulation*, Vol. 1: pp. 43-62.

YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, Arturo (1987): "Principios económicos de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 14: pp. 97-112.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008) *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 623 pp.

# La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica

**Iván Aróstica Maldonado**
Profesor Titular de Derecho Administrativo
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## Introducción

Hay quehaceres donde la seguridad no puede responder únicamente a una sensación o a un solo estado de ánimo interno, de sentirse libre de peligros y acechanzas. Así por caso, cuando se toman decisiones que comprometen inversiones cuantiosas, es lógico que el empresario piense en medir racionalmente los riegos a fin de minimizarlos o evitarlos y proceder en consecuencia.

Cuestión nada fácil de discernir –por cierto– entre la complejidad actual en que nos desenvolvemos, donde ya no es prevalente la sola posesión del dato.[1] Cuando para mejorar la calidad de las decisiones y la capacidad de reacción frente a lo inesperado ha menester adquirir dominio sobre conocimiento cualificado, donde a un saber comprensivo (acerca de las actuales fortalezas y debilidades) debe sumarse un saber prospectivo (acerca de las futuras oportunidades y amenazas).

Para gestionar este conocimiento, muchas empresas cuentan hoy con el apoyo de nuevos enfoques procedentes de algunas disciplinas emergentes y en rápida convergencia, que les permiten mirar –sistemáticamente– tanto al interior de ellas como al entorno que las rodea. Esto es, que les facilitan una comprensión profunda de sí mismas, de sus clientes o usuarios, y de sus concurrentes o rivales.

[1] Se dice que un ejemplar del *New York Times* contiene hoy tantos datos como los que una persona normal del siglo XVII reunía en toda su vida: John Adair, *Toma de decisiones y resolución de problemas* (2008) col. Nuevos Emprendedores de The Sunday Times, Editorial Gedisa (Barcelona) p. 35.

Pero hay un problema con la aplicación de estas técnicas de investigación en nuestro medio: por ser altamente dependientes de los modelos estructurados en países más desarrollados, suponen la existencia de una estabilidad institucional y una amplia libertad económica, y –por ello– se centran fundamentalmente en los análisis sobre los riesgos naturales del negocio. Por manera que sólo estiman relevantes los impactos causados por factores "endógenos" (aquellos que se originan dentro del sistema económico), sin prestar mayor atención a aquellos provenientes de "hechos exógenos", como son los cambios de gobierno y la modificación de las reglas del juego.

## El albur estatal

En circunstancias que las industrias reguladas, a más de tener que responder a los cambios que les impone el ritmo y dinamismo propio de sus actividades, por su mayor exposición, son altamente vulnerables frente a esa variable externa del alea estatal. Sobre todo en contextos institucionales débiles, con gobiernos hostiles, aun proclives al populismo, o dotados con anchos grados de discrecionalidad.

Que suelen enfrentar a reguladores oscilantes junto a competidores versados, que manejan información privilegiada, hacen del lobby su diferencial y cuentan con amplias redes de contacto a nivel de autoridades. Donde cualquier deficiencia en términos de vigilancia y predicción implica una posición de debilidad, que puede escalar al grado de vulnerabilidad e implicar serios riegos de supervivencia.

Y que así y todo, muchas veces se les escapa calibrar el impacto que les pueden provocar los cambios en las conductas del legislador y de la Administración, derivados de una multiplicidad de razones económicas, políticas, sociales y culturales, de diferente magnitud e incidencia; desequilibrantes incluso. ¿Qué hay con el albur estatal, esto es, cuando las autoridades unilateralmente derogan o modifican una norma preexistente, o introducen una nueva allí donde no la había antes?

Esta pregunta nos ha movido a mostrar aquí una pauta que –entre otras muchas y mejores– en un par de ocasiones nos ha servido de guía para definir e identificar 1°) los factores o constantes que condicionan la evolución de los acontecimientos normativos, 2°) las variables que convergen como causas, y –finalmente– 3°) los agentes motrices que pueden dinamizar esos elementos en un momento dado.

## La seguridad jurídica como permanencia de las reglas

Porque, la verdad sea dicha, siendo que la seguridad jurídica (el saber a qué atenerse) constituye un valor crucial para los agentes económicos, cuando a los abogados se nos pregunta por ello a menudo solemos discurrir por el discurso ampuloso, con argumentos más líricos que racionales, sin darnos a la tarea de desmenuzar su contenido e inquirir en sus elementos constitutivos.[2]

¿Cómo hacerlo?

1. En primer lugar tendríamos que desmenuzar su contenido, partiendo por delimitar el tema, en el sentido que una de las dimensiones de la seguridad jurídica es justamente la permanencia o estabilidad de las normas legales y administrativas. Pongamos por caso entonces que no nos preguntan sobre cuáles normas regulan una materia (seguridad/conocimiento), sino hasta dónde esas normas tienen permanencia en el tiempo (seguridad/estabilidad).

Afirmar el principio parece sencillo. Bastaría en Chile traer a colación, por ejemplo, que al instalarse las bases que tendría nuestro actual ordenamiento, ya se reconocía en 1973 que "es condición esencial para el desarrollo económico del país que su sistema jurídico dé confianza a la creación, al trabajo y a la inversión privados y que garantice los frutos legítimos que de ellos provengan. Al respecto, la Constitución dará estabilidad a la ley, ya que el sucesivo cambio de las normas desalienta a los ahorrantes e inversionistas y perjudica gravemente nuestra economía".[3] Con algo así de valor icónico, quedaría a firme la recepción del principio –como idea general– al menos dentro de nuestra comunidad jurídica.

Pero también seremos conscientes que estabilidad no es perpetuidad. La necesidad de adaptarse a las nuevas realidades para lo futuro, la aparición efectiva de hechos y circunstancias sobrevinientes que no pudieron considerarse en su día, hace que todos los ordenamientos prevean la modificación y derogación de sus leyes o reglamentos preexistentes, justamente por ser productos del devenir.

---

[2] Eduardo Soto Kloss, "Seguridad jurídica e interpretación en el derecho público chileno", en la obra colectiva *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) N° 6 (1983), pp. 91-113. Hoy en *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (2009), Legal Publishing Chile (Santiago) pp. 487-494.

[3] *Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República* (26.11.1973), en Anuario de Derecho Administrativo (Universidad de Chile) I (1975-1978) p. 513 (el texto completo de este documento orientador en pp. 505-514).

2. Lo que nos llevaría a establecer, en forma convencional, cuáles son esos elementos constitutivos del concepto "seguridad/estabilidad", para poder visualizar dónde se ubica el punto de corte que separa la estabilidad de la inestabilidad.

Como en un estudio sobre la gordura, en que no basta salir a pesar a la gente premunido con una balanza, sin antes definir el sentido exacto del universal "obeso", así también nosotros tendríamos que empezar por operacionalizar el concepto "seguridad/estabilidad", con aquellos elementos que connotan este óptimo ideal. Seleccionando dichos factores o indicadores observables con criterios de adecuación, confiabilidad y validez, a fin de acotar racionalmente nuestras premisas y ser capaces de arribar a un diagnóstico tan certero como eficaz.

En suma, dado que dentro del sistema ese "poder de cambio" es una constante imposible de soslayar, ello nos conduciría a levantar un listado de las restricciones y garantías institucionales puestas al ejercicio de esta potestad para variar las normas preestablecidas. En concreto, este segundo paso metodológico consistiría en reunir los datos consistentes en aquellas mismas reglas del ordenamiento que condicionan, determinan o regulan el cambio (derogación o modificación) dentro del ámbito que nos ocupa.

## Análisis comprensivo

Para lo cual, a nuestro entender, resulta indispensable contar con un modelo de referencia.

**¿Por qué son útiles los modelos?**

Yendo por un camino rural, Juan se encontró con un choque y vio que uno de los conductores yacía postrado sobre el volante. Corrió a socorrerlo a un tiempo que mandaba a su esposa en busca de ayuda. Como pudo, hizo tiras su camisa para vendarle la herida sangrante; después de cortar el cinturón de seguridad, exhausto, se dio maña y fuerzas para arrastrar el cuerpo un par de decenas de metros ante el peligro de incendio. Cuando llegó, el personal de la ambulancia comprobó el pulso y la circulación sin encontrar señal alguna. El conductor había muerto en el accidente.

Si Juan hubiera tenido en mente y ejecutado un modelo, podría haber controlado mejor la situación. La Cruz Roja enseña el modelo ABC –Airways, Breathing, Circulation (Vías aéreas libres, Respiración o ventilación, Circulación)– como primeras atenciones a un accidentado.[4]

[4] Chris Collison-Geoff Parcell, *La gestión del conocimiento* (2003) Paidós (Barcelona), pp. 45-46.

Así que limitados en nuestras posibilidades de evaluar la complejidad que involucra el tema de la seguridad jurídica, y en la necesidad de contar con una visión simplificada para orientar las decisiones, hemos ensayado un esquema tentativo ad hoc que contiene las siguientes preguntas claves:

¿Está previsto que la potestad normativa se agote con su ejercicio? O si la mutación se admite, como es de ordinario:

¿Hay restricciones o cautelas establecidas frente a la derogación o modificación?

- Cautelas temporales: ¿dicen las reglas que el cambio no se puede producir dentro de un cierto plazo? (comunicada la norma, ¿existe un plazo mínimo de estabilidad?) o –al revés– ¿dicen las reglas que el cambio sí se puede producir dentro de un cierto plazo? (comunicada la norma, ¿existe un plazo máximo de inestabilidad?) y ¿dicen las reglas a partir de cuándo operarían los cambios (aplicación retroactiva-inmediata-diferida)?

- Cautelas objetivas: ¿están predefinidas (con alta-media-baja precisión) las situaciones fácticas que hacen procedente (forzosa o facultativamente) el cambio? y ¿están acotados (hasta dónde) el giro y profundidad que la autoridad puede imprimir a ese cambio?

- Cautelas subjetivas: ¿la autoridad puede impulsar el cambio de oficio o a petición de parte u otra instancia?, ¿hay quienes debe consultar el decisor antes de introducir el cambio, con efectos vinculantes o meramente facultativos?, ¿se acepta la audiencia previa de los directamente afectados o de terceros (cuáles) involucrados?, ¿esa autoridad tiene restricciones para desentenderse de tales opiniones? Etcétera.

Ya con esto podríamos deducir cuáles son las condiciones estructurales que reglan el cambio dentro del sector observado. Supongamos que nuestra conclusión preliminar es que existen pocas cautelas temporales, objetivas y subjetivas (sólo se aseguran la irretroactividad y los derechos adquiridos para el pasado), por lo que –en los textos– la autoridad cuenta con una autonomía más o menos amplia para imponer cambios hacia el futuro.

## Análisis prospectivo

Claro que si lo dejáramos hasta ahí, nuestro estudio no pasaría de ser un estado de situación actual, cuyo aporte se reduciría al diagnóstico de que a la industria o actividad observada le afecta hoy una "debilidad" en términos de seguridad

jurídica/estabilidad. Pero que no nos dice nada, todavía, si ese riesgo puede escalar hacia una futura y potencial "amenaza".

Por lo que tendríamos que proseguir, emprendiendo ahora la operación intelectiva de anticipar futuribles o aportar una apreciación de escenarios, con alguna solvencia metodológica sistemática (la prospectiva no es cosa de adivinanzas caprichosas ni de vaticinios artificiosos).[5] Para lo cual la experiencia nos sugiere combinar un examen retrospectivo con un estudio de los actores.

El análisis retrospectivo se basa en la idea de que la mejor forma de predecir conductas futuras es atenerse al comportamiento pasado. Lo que traído aquí se traduce en contrastar tales reglas que gobiernan en cambio con la práctica observada: acopiar cuál es el historial de precedentes y patrones de aplicación experimentados en el ejercicio de ese poder autónomo. Ello nos permitiría inferir las variables que han influido en el pasado para provocar cambios.[6]

El análisis de actores se vuelca a desentrañar qué piensa o siente, puede y tiene, esa autoridad capaz de motorizar los cambios. Lo que traído acá implica contestar preguntas tales como cuáles son: sus actitudes e ideales personales (¿es reactivo a las crisis y escándalos o profesa doctrinas constructivistas?); sus prioridades (¿hay épocas –como la proximidad de elecciones– donde se disparan sus ideas de cambio?); sus compromisos (¿ha asumido alguna agenda de modificaciones y/o es proclive a servir a grupos localizados de electores o a grupos de interés o presión?) así como sus restricciones (¿es permeable a ciertos controles formales e informales?).[7]

[5] Respecto a los estudios de futuro, para la diferencia de concepción y métodos entre la corriente estadounidense del *forecasting*, que se basa en la percepción lineal o previsión determinista (pronóstico) de un futuro probable, y la escuela francesa de la prospectiva estratégica, que desde la complejidad percibe múltiples futuros posibles, para la construcción voluntarista de aquel más deseable, ver Francisco José Mojica, *La construcción del futuro*, Convenio Andrés Bello-Universidad Externado de Colombia (2005) pp. 105-128. Más brevemente en su *Concepto y aplicación de la prospectiva estratégica*, Revista Med. (Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá-Colombia) vol. 14 N° 1 (2006) pp. 122-131.

[6] Por ejemplo, con lógica inductiva se podría inferir que las crisis son estímulo poderoso para gatillar cambios. Aparte de varias Constituciones chilenas que fueron productos de tales circunstancias, entre muchos casos relevantes se puede mencionar la Ley 19.549, que modificó el DFL 382 de 1989, ley General de Servicios Sanitarios, y la Ley 18.902, orgánica de la Superintendencia del ramo, con ocasión de la crisis de abastecimiento que afectó a la Empresa de Agua Potable Lo Castillo. La Ley 19.613, que alteró el DFL 1 de 1982, entonces Ley General de Servicios Eléctricos, y la Ley 18.410 de la Superintendencia respectiva, a raíz de los efectos de la sequía de los años 1998-99 y el posterior racionamiento eléctrico. La Ley 19.705 de Opas, dictada en reacción al denominado caso Chispas, cuando se vendió el control de Enersis S.A. a Endesa España. O la Ley 19.882, sobre nueva política de personal para los funcionarios públicos, aprobada tras el escándalo MOP-GATE.

[7] Un examen colateral de actores importantes tendría que incluir, en nuestro país, a los Tribunales de Justicia y a la Contraloría General de la República, en punto a indagar si estos cumplen o no su rol constitucional de garantes de la juridicidad y de los derechos fundamentales, atentos a los precedentes por ellos producidos.

Con estos antecedentes y elementos de juicio –cruzados– ya tendríamos suficiente información como para trazar algunos escenarios por venir, de manera más o menos razonable. Para conocer y proyectar un escenario de continuidad, luego construir otros dos posibles escenarios, el optimista y el pesimista, y –será nuestra estimación profesional– un determinado escenario probable, según se mantengan o inclinen las variables.[8]

## Conclusiones

Vivimos en una sociedad que cada día resiente más las decisiones arbitrarias, entendiendo por tales aquellas que asignan bienes o valores en desmedro de otras alternativas y posibilidades conforme a creencias por sobre las evidencias; que anteponen los prejuicios y las presuposiciones intuitivas a los hechos relevantes. Lo mismo que en una época saturada de datos, con el consiguiente desafío de transformarlos en información y luego en conocimiento útil, que coadyuve aportando racionalidad al momento de discriminar y escoger la opción definitiva más idónea.

No diremos que la actualidad cierra espacios para el chispazo genial o la buena corazonada. Sí que –en la elección correcta– la casualidad favorece a la mente preparada (Louis Pasteur).[9] Que la creatividad suele beneficiar a las mentalidades disciplinadas y sintetizadores, capaces de seleccionar lo importante, en vez del ruido superfluo, conforme a modelos que facilitan la cognición rápida.

A este último propósito hemos querido contribuir aquí, con un bosquejo de nuestra tabla elemental (a la espera de aportes más refinados) tocante a la forma de asir un tema tan complejo –y por eso abierto de par en par al discurso engolado– como es la seguridad jurídica en una de sus facetas, la estabilidad de las reglas del juego.

[8] Donde la intersección de lo pesimista con lo probable nos dará una amenaza. Lo que será advertido, junto con las medidas que se podrían tomar hoy para evitar, conjurar o minimizar ese peligro. O para acelerar las circunstancias que se consideran beneficiosas.

[9] Karl Albrecht, *Inteligencia Práctica* (2008), Vergara (Barcelona) p. 252.

# Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados

**María Fernanda Juppet Ewing**[1]
Investigadora asociada Departamento de Investigación
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Dentro de las áreas de discusión en materia de derecho regulatorio que se han posicionado en el interés público con mayor fuerza, está aquella relativa a la preponderancia que debemos entregar al derecho de propiedad intelectual en contraposición a la libre competencia en los mercados.

Ambos cuerpos normativos, aparentemente sin conexión alguna, buscan la cautela del interés público mediante el resguardo de la igualdad en la participación de diversos agentes en el mercado, por una parte, o, garantizando el goce exclusivo de los beneficios que provengan de una creación propia, por la otra.

Dichos estatutos, en forma conjunta, vienen a participar en la generación de un ambiente propicio para el desarrollo económico. Mediante la protección al derecho de propiedad intelectual e industrial, se aseguran en parte los incentivos necesarios para la generación de un ambiente propicio destinado a la creación de conocimiento. En virtud del estatuto de la libre competencia, por su parte, podremos garantizar la igualdad de condiciones a la hora de comercializar alguna de dichas creaciones, en condiciones tales que resulte favorable tanto para su creador como para los clientes destinados a su consumo.

De acuerdo a la doctrina tradicional en materia de derechos de propiedad intelectual e industrial, conocemos la necesidad de cautelar debidamente los

[1] Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Central de Chile, Magister en Derecho de la Empresa Universidad del Desarrollo, Master Mades en Entidades de Economía Social Universidad de Valencia. Secretaria Académica Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Autónoma de Chile. Profesora auxiliar de Derecho Económico, Universidad del Desarrollo.

derechos originados por la creación de obras tanto culturales como científicas que permitan aumentar el conocimiento. "Tratándose de dos especies de propiedad, cuya importancia es creciente, debido a que, en la Sociedad Civil de nuestro tiempo, la cultura y el arte, la ciencia y la técnica se han masificado y globalizado. Más todavía, nuestra Sociedad, con desarrollo aún relativo, se ha ido convirtiendo en otra de mayor complejidad en los cuatro aspectos antes mencionados".[2]

Con todo, resulta importante recalcar que esta finalidad pública de la creación no necesariamente es lo que motiva el trabajo de aquellos innovadores, quienes son movidos por el interés de lucro personal, es decir, la potencialidad de comercialización y difusión de su obra, resultando indispensable para estimular su existencia la generación de un cuerpo normativo que permita adecuadamente la protección de dichos beneficios económicos.

De tal manera, en opinión de nuestro legislador constitucional, ha resultado necesario no considerar al derecho de propiedad intelectual e industrial como parte integrante del derecho de propiedad, sino que establecer un marco regulatorio especial, haciendo hincapié en su importancia mediante un tratamiento independiente, en el numeral 25 del artículo 19 de nuestra Constitución Política.

Así, se reconoce el derecho de usar, gozar y disponer de las creaciones intelectuales, como asimismo, de las invenciones susceptibles de patentamiento, por parte de su titular, a fin de asegurar los incentivos necesarios para facilitar la generación de conocimiento y la innovación tecnológica.

Dicha protección, que en principio permite la disposición arbitraria del titular del derecho respecto del bien objeto a tutela por medio de la garantía antes aludida, no resulta tan profunda en derecho comparado, e, incluso, de acuerdo a las últimas reformas a la legislación nacional, en nuestro país.

En la misma línea de argumentación, la experiencia comparada ha demostrado que una adecuada protección del derecho de propiedad intelectual e industrial no implica necesariamente un resguardo suficiente para la generación de mayores grados de conocimiento, es más, las garantías de uso exclusivo de sus derechos de propiedad, impidiendo el acceso a dicho conocimiento de terceros, en opinión de Hovencamp puede implicar un perjuicio económico mayor en

[2] CEA EGAÑA, Jose Luis; *Derecho Constitucional Chileno: Tomo II: Derechos, deberes y garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, Página 580.

el entorno en el cual se encuentra inserto el innovador, que el beneficio que le reporte el uso exclusivo de su creación o innovación.[3]

Partiendo de la base de que la innovación tiende a ser la evolución de un conocimiento preexistente, y que la generación o creación tecnológica debe basarse en principios antes descubiertos, mejorados por el emprendedor, o que respecto de los cuales se descubren nuevas aplicaciones, la imposibilidad legal de utilizar ciertos conocimientos protegidos como base para la creación de nuevas ideas, puede redundar en un estancamiento tecnológico que afecte económicamente a un rubro determinado en una proporción mayor a la riqueza que dicha protección resguarde respecto del titular del derecho de propiedad intelectual o industrial.

La protección en este sentido, si bien es amplia para la cautela de ambos estatutos, en ocasiones, como en el caso chileno, puede dar espacio a una contradicción normativa, al aplicar en el caso concreto diversos estatutos jurídicos que resultan aplicables, por ejemplo: la cautela del derecho de propiedad industrial e intelectual, en contraposición a las normas de protección de la libre competencia.

Lo anterior resulta claro al comprender que en definitiva la norma constitucional en comento garantiza el reconocimiento de un monopolio a favor del titular del derecho de propiedad. Monopolio que debe regirse necesariamente por las normas de defensa de la libre competencia, en tal sentido, cualquier acto mediante el cual el titular del derecho venga en interponer barreras al mercado relevante dentro del cual ejerza su actividad económica, se verá afectada por la aplicación del artículo 3° del Decreto Ley 211, mediante el cual se indica que será sancionado "el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos...".[4]

Por tanto, si es que la aplicación a ultranza de las normas de propiedad intelectual e industrial, en lo que se refiere a la protección del derecho de dominio que ostentan los titulares respecto de su obra, creación, o patente de invención, respectivamente, implica que si dicho titular del derecho se negare arbitrariamente a permitir a su competencia participar en un determinado mercado, obteniendo una justa retribución por el derecho de uso otorgado a su com-

[3] HOVENKAMP, Herbert; *The antitrust enterprise: principle and execution*, Harvard University Press, 2005. Página 249.

[4] Ley de Defensa de la Libre Competencia, texto refundido del DL 211 con la Ley N° 20.361, publicada el día 13 de julio del año 2009.

petidor, podría ser forzado judicialmente para remover cualquier barrera que implicare respecto de dicho mercado una negativa injustificada de conceder una licencia, o de permitir el uso de una obra protegida como base para la generación de conocimiento nuevo.

Con todo, es necesario reconocer que vivimos en la era de la globalización, que nuestros mercados se han interconectado y que los marcos normativos de carácter territorial en materia económica desdibujan sus fronteras. Asimismo, en áreas relativas a la innovación, dichos límites no se reconocen, por tanto el conocimiento, más allá de la nacionalidad de sus autores, pasa a ser un recurso indispensable para el mejoramiento de las organizaciones, como igualmente para la maximización de sus recursos productivos, de acuerdo a lo planteado por Peter Druker: "En esta sociedad, el conocimiento es el recurso primario para el individuo y para el conjunto de la economía. Los factores de la producción tradicional, tierra, trabajo y capital no desaparecen, pero se hacen secundarios. Ellos pueden ser obtenidos fácilmente, porque están provistos de un conocimiento especializado. Al mismo tiempo, sin embargo, el conocimiento especializado por sí mismo no produce nada. El conocimiento sólo puede ser productivo cuando es integrado a una actividad, ya que la sociedad del conocimiento es también una sociedad de organizaciones: el propósito, la función de cada organización, de negocios o no, son los de integrar los conocimientos especializados en una acción común".[5]

De tal manera, la generación de innovación, competitividad y competencia, de acuerdo a los paradigmas modernos de evolución tecnológica, pasan a contradecirse con las normas y fundamentos de la protección del derecho de propiedad intelectual e industrial. La principal diferencia que podemos encontrar entre los derechos protegidos a través del reconocimiento de la propiedad intelectual e industrial tiene directa relación con el tipo de obras cauteladas por su intermedio. Respecto del derecho de propiedad intelectual serán las obras o creaciones consignadas por el derecho de autor, y, en el caso del derecho de propiedad industrial nos referiremos a procesos industriales, patentes y marcas comerciales.

En tal sentido resulta posible distinguir dos potenciales colisiones de derechos entre el estatuto jurídico de la libre competencia y el derecho de propiedad intelectual e industrial.

En primer lugar, aquel que afecta en forma particular al derecho de propiedad intelectual, se refiere a la existencia de un derecho protegido por el derecho

[5] DRUKER, Peter; "La nueva sociedad de las organizaciones"; *Harvard Business Review*, 1993, página 1.

de autor que pueda ser utilizado de base para la generación de un conocimiento nuevo, de tal manera, que la exclusividad de utilización de tal creación implique la sustracción de dicho conocimiento por cierto plazo del libre uso del mismo.

Y, en segundo lugar, referido al derecho de propiedad industrial, podemos distinguir la colisión de patentes concedidas sobre una creación igual o similar, en esta situación habiéndose concedido legalmente dos patentes por la autoridad competente, ambos productos satisfacen una misma necesidad, lo cual da origen a litigios relativos a la determinación de la titularidad del derecho, en este contexto se favorece la generación de acuerdos cuya naturaleza, como veremos a lo largo del presente artículo, pudiera ser objetada por la aplicación de las normas generales de la libre competencia.[6]

De tal manera, dividiremos nuestro análisis en el estudio, al alero de la aplicación de las normas e instituciones de la libre competencia en los mercados. En primer lugar, de la relación entre el derecho de propiedad intelectual, analizando la procedencia de la aplicación de la doctrina del *Fair Use* o Uso Justo, a modo de justificación de una utilización de obras protegidas sin la autorización del titular de dicha obra.

Y, en segundo lugar, el análisis del derecho de propiedad industrial, revisando cómo los acuerdos judiciales y extrajudiciales pueden afectar la libre competencia en los mercados, en aquellos casos en que se incorporen en ellos cláusulas prohibidas por la ley.

## Derecho de propiedad intelectual y el problema del uso justo

Ante todo, resulta necesario indicar qué es lo que entendemos por derecho de autor, aquel que viene en cautelar los derechos de propiedad reconocidos por la Constitución y las leyes al creador de una obra, entendiendo por tales las producciones originales o hechas por primera vez. Contemplando dentro del ámbito de protección de dicha normativa la paternidad, edición e integridad de la obra.

Así, este estatuto jurídico resulta aplicable cuando quien ostenta la propiedad sobre un determinado conocimiento tecnológico, que ha generado por medio de su trabajo intelectual, y que por tanto se encuentra protegido por

[6] HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY Mark; "Anticompetitive settlements of intelectual property disputes", UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series,http//ssrn.com/abstract=380841, página 2.

las normas del derecho de autor, en el ejercicio de dicho derecho impide que terceros lo utilicen como base para la innovación o sustento de nuevas creaciones sin la autorización expresa del titular de dicho derecho de autor, argumentando que dicho conocimiento se encuentra legalmente protegido por la ley de propiedad intelectual, y por tanto que su utilización implica una infracción castigada, en nuestro país, con penas de multa y presidio; en el mismo sentido, el infractor deberá responder de los perjuicios que hubiere irrogado mediante la infracción.

Debemos reconocer que cualquier Estado que intente modificar sus estatutos jurídicos en materia de propiedad intelectual debe asumir una serie de presiones difíciles de enfrentar en esta materia.

Reconociendo que si bien la lógica en países como el nuestro, con un bajo grado de crecimiento en materia de innovación tecnológica, debiera ser una protección de los derechos de particulares conciliatoria con la generación de nuevos conocimientos, a fin de incentivar el desarrollo de nuevas ideas, generando potencialidades económicas tendientes a aumentar la producción de nuevos bienes susceptibles de exportación, no es menos cierto que las agrupaciones de artistas, inventores, productores, y en general de titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial, se han organizado hábilmente, generando un debate público que inhibe propuestas legislativas audaces en esta materia.[7]

Es más, es posible afirmar que dada la cobertura mediática que recibe este tipo de proyectos, resulta imposible desconocer que los políticos y las autoridades públicas quedan capturados en las aspiraciones de los diversos grupos de interés, debiendo rendir cuenta pública ante la prensa respecto de los proyectos que afectan estas materias, con las dificultades técnicas que implica el explicar el contexto y el contenido de los mismos.

En tal sentido, ¿será posible conciliar ambos principios de acuerdo a la ley de protección de propiedad intelectual vigente? Resulta evidente que en la normativa actual de nuestro país este tema ni siquiera es abordado, y, lo que es peor, en virtud del boletín N°5012-03, actualmente pendiente de promulgación como ley, que viene a modificar la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual, cualquier posibilidad de incorporar esta excepción en un nuevo cuerpo legal ha sido virtualmente descartada por el Congreso Nacional.

Es así como en un proyecto de iniciativa exclusiva del Ejecutivo, en el cual se contemplaba la incorporación del uso justo en la normativa nacional, la Mi-

[7] HOVENKAMP, Herbert; *The antitrust enterprise: principle and execution*, Harvard University Press, 2005. Página 251.

nistra de Cultura Sra. Paulina Urrutia explicó ante las Comisiones Unidas de Educación y Economía del Senado que dicha excepción no correspondía ser incorporada en definitiva en el presente proyecto de ley, en razón de existir otras excepciones consagradas en el proyecto con la finalidad de apoyar el acceso al conocimiento de las organizaciones no lucrativas, olvidando que la excepción de uso justo, como veremos en el presente artículo, no se limita a la utilización de derechos protegidos en este tipo de actividades, sino que incorpora la utilización de estas en la generación de conocimientos comerciables, indicando que: "las excepciones al derecho de autor ya fueron tratadas y resueltas por los miembros de las Comisiones Unidas, por lo que correspondería rechazar las indicaciones números 9 y 10. Agregó que ya se resolvió el tema de las excepciones al derecho de autor en el capítulo respectivo del proyecto optándose por excepciones de carácter acotado que implican usos incidentales y no usos justos".[8]

Es así como la norma chilena a ser promulgada en las próximas semanas tiene por destino el generar una protección limitada sólo respecto de personas y entidades que realicen una utilización de obras protegidas sin la intención de generar utilidades provenientes de dicho uso, impidiendo de esta forma la aplicación de la excepción aludida para la generación de nuevo conocimiento susceptible de generar beneficios económicos para su autor.

¿Resulta necesario cautelar el ejercicio del derecho de propiedad sobre aquellas creaciones personales por sobre la evolución proyectable en todo un mercado mediante el legítimo uso de su creación? ¿Debemos proteger el derecho de unos pocos por sobre la posibilidad de crecimiento de sectores completos de la población? ¿O el camino correcto resulta de vulnerar el derecho de propiedad intelectual permitiendo la utilización de aquel conocimiento en pro de la libre competencia en los mercados?

Las soluciones planteadas por el derecho internacional son variadas, pasando desde la opción entre uno y otro bien jurídico protegido, a la creación de formas híbridas de protección, tales como la sustitución de la voluntad del titular del derecho protegido por el juez para la determinación de un precio justo y la suscripción del contrato de patente que corresponda, la doctrina del *fair use*, la teoría de las facilidades esenciales, entre otras.

Si bien es cierto que en el derecho chileno se reconoce el derecho de propiedad en forma irrestricta, impidiendo que incluso el Estado pueda privar a los

[8] SEGUNDO INFORME DE LAS COMISIONES DE ECONOMÍA Y EDUCACIÓN, CULTURA, CIENCIA Y TECNOLOGÍA UNIDAS, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual. Página 13.

particulares de ella, no es menos cierto que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ya ha fallado en contra de quienes han abusado de su derecho de dominio con la finalidad de entorpecer el crecimiento de su competencia, cuando dicho abuso se basa en la interposición de acciones incompatibles entre sí en sede judicial.[9] De la misma forma, sería factible suponer que existen bases suficientes para argumentar que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pudiera fallar en contra de quien utilizare su derecho de propiedad intelectual como barrera a la entrada de potenciales competidores al mercado.

## La doctrina del uso justo y el derecho de propiedad intelectual

Aun cuando se reconoce el carácter absoluto del derecho de propiedad, en lo referente a la propiedad intelectual, en derecho comparado se ha optado por matizar este carácter por medio de excepciones establecidas por el legislador, de tal manera que el reconocimiento de un legítimo beneficio para el dueño de una obra protegida no implique necesariamente el estancamiento del conocimiento de una determinada disciplina.

Con todo, el derecho reconocido a los autores de una obra protegida implica necesariamente el respeto a su trabajo y un incentivo necesario para el aseguramiento del desarrollo de la actividad de invención. En tal sentido, debemos reconocer que los trabajos de carácter comercial protegidos por este derecho son en número menores a aquellos que no presentan este carácter, implicando que los beneficios económicos obtenidos por un trabajo rentable sean redistribuidos para apoyar la realización de otros trabajos no rentables.[10]

Dentro de las principales excepciones a la protección del derecho de propiedad en materia de *copyright* podemos destacar el concepto de uso justo o *fair use*, el cual se entiende como un tipo de excepción a las infracciones en materia de propiedad intelectual, establecida en virtud de una política pública, permitiendo que el interés de la sociedad prevalezca autorizando el uso de una obra protegida en ciertos términos previamente establecidos por ley, en virtud de un beneficio social o cultural que justifica el perdón de las penas establecidas para la condena de la infracción cometida.[11]

[9] Vease. JUPPET, María Fernanda: "Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos", *Revista Actualidad Jurídica* N°18, julio 2008, pp. 593-618.
[10] HUGHES, Justin; "Fair Use Across Time"; 50 UCLA Law Review, N° 20, 2003, página 18.
[11] WILSON, Lee; *Fair Use, Free use and Use by permission*; Allworth Press, 2005, Canada, página 67.

Resulta trascendental comprender que la incorporación de esta excepción en un cierto sistema normativo no implica la autorización de la copia, el plagio y el despojo de quien hubiera generado un nuevo conocimiento por la vía de la ley, sino que, garantizando la libertad de la información y el acceso a la misma, también consagrados a nivel constitucional en nuestro país, viene a permitir la utilización de conocimiento preexistente en el desarrollo de una nueva investigación, investigación que pudiera dar origen a derechos económicos para quien hubiera hecho uso de dicha información. Con todo, el conocimiento utilizado a través de la excepción de uso justo no podrá ser una proporción importante del trabajo final, hecho que deberá ser calificado por los Tribunales Superiores de Justicia.

Podemos distinguir entre dos tipos de excepciones a la propiedad intelectual que implican la exención de responsabilidad por el uso de una obra protegida por el derecho de propiedad intelectual: en primer lugar, el uso justo, y en segundo caso, el uso incidental.

El uso justo puede ser definido como aquel derecho de utilización mediante el cual se garantiza al público en general la posibilidad de construir conocimiento propio en virtud de un conocimiento preexistente protegido por el estatuto de propiedad intelectual.[12]

Debemos recalcar que en este caso es indiferente si el conocimiento resultante de la aplicación de la excepción de uso justo genera beneficios económicos para su autor, o si es generado sin fines de lucro, o meramente con fines educacionales.

El uso incidental, por su parte, implica la utilización de un conocimiento protegido por la ley, basado en el derecho de autor, pero para un aprovechamiento que no implique beneficio económico para el beneficiario de la excepción. Un ejemplo de uso incidental lo podríamos encontrar en el ejercicio de actividades académicas.

Con todo, es importante recalcar que esta excepción no solo se limita a la generación de nuevo conocimiento, o al uso realizado por un particular sin fines de lucro, es decir, limitándose a una acción destinada a no obtener una ganancia o beneficio económico de la infracción producida, sino que puede incluso cubrir a comerciantes en el ejercicio de su actividad económica,[13] cuan-

[12] CREWS, Kenneth D.; *Copyright, Fair Use and the challenge for Universities*; The University of Chicago Press; United States, 1993, página 4.
[13] WILSON, Lee; *Fair Use, Free use and Use by permission*; Allworth Press, 2005, Canada, página 68.

do esta actividad tenga un carácter de necesidad pública, como pudiera darse por la búsqueda de un conocimiento que genere crecimiento en la economía de nuestro país. De tal manera que, en virtud de esta doctrina, un *software* protegido por las normas de propiedad intelectual podría ser utilizado por su competencia a fin de generar conocimientos que produzcan avances tecnológicos para la sociedad.

## Factores que deben ser tomados en consideración en el establecimiento de una excepción de uso justo[14]

De acuerdo a la doctrina norteamericana de propiedad intelectual, se ha indicado que, tanto el juez a la hora de calificar la procedencia o improcedencia de la aplicación de la excepción de uso justo, como el legislador a la hora de establecer dicho criterio, deben considerar los siguientes elementos de análisis como factores que permitirán distinguir hasta dónde debe ser aplicada una excepción respecto del uso de una obra protegida, a saber:

1. El propósito y características del uso, incluyendo en ellas si la utilización del bien protegido será para efectos comerciales, educacionales o sin fines de lucro.

2. La naturaleza del trabajo protegido, distinguiendo entre los derechos emanados de trabajos destinados a informar, o respecto de trabajos con un mayor contenido creativo.

3. La cantidad de la obra protegida utilizada a través de esta excepción, en relación al total del trabajo final.

4. El efecto que dicha utilización implica respecto de la comercialización de la obra protegida.

## Resulta aplicable el uso justo como garantía de la generación de nuevos conocimientos

La doctrina del uso justo o del *fair use* cada vez ha ido ganando más terreno a nivel mundial, tanto en su consagración como en su aplicación práctica.

Siguiendo a Crews, las posturas respecto de la protección del derecho de propiedad intelectual pueden presentar dos variantes extremas principales.

[14] WILSON, Lee; *Fair Use, Free use and Use by permission*; Allworth Press, 2005, Canada, página 68.

En primer lugar, aquella que aboga por la defensa de los derechos de autor indica que la regulación deberá garantizar un derecho exclusivo para autorizar la reproducción, distribución y otros usos respecto de sus trabajos y obras.

En segundo lugar, podemos distinguir claramente aquella que sostiene el uso justo, señala que el *fair use* debiera autorizar a los usuarios para citar, reproducir y distribuir trabajos protegidos por el derecho de propiedad intelectual para promover el progreso de las ciencias y las artes".[15]

De acuerdo a la jurisprudencia norteamericana, la excepción de uso justo se erige incluso como una defensa a la libertad de información y opinión, tanto en cuanto el hecho de que el titular de una obra protegida haya expresado el contenido de la obra impide, en principio, sin la aplicación de la excepción, que cualquiera otro exprese dicha idea, no sólo un planteamiento matizado de la misma, sino que la generación de conclusiones diversas en dicha materia.[16]

Con todo, debemos comprender que la protección entregada en el derecho comparado es amplia, al incorporar dentro de esta excepción entre las actividades permitidas de acuerdo a la ley norteamericana, en sus secciones 106 y 106A: la enseñanza, crítica, generación de comentarios e investigación.[17]

En el caso de las actividades productivas, nos interesa el análisis de la generación de conocimiento a través de la investigación, en tanto en cuanto las investigaciones teóricas entregan el marco necesario para el descubrimiento de soluciones prácticas, las cuales podrían implicar derechos de comercialización.

Es más, la aplicación de la doctrina del uso justo en materia comercial, nos permite garantizar el desarrollo de nuevos mercados, basados en derechos protegidos por la legislación de propiedad intelectual, donde predominan agentes con poder de mercado[18] basado en el establecimiento legal de barreras de entrada como consecuencia directa de la protección real del derecho de propiedad generada por la ley especial, en esta materia, implicando el dominio del mercado por parte de ciertos agentes que no sólo previenen a terceros de ingresar a éste, sino que impiden su crecimiento y desarrollo.

[15] CREWS, Kenneth D.; *Copyright, Fair Use and the challenge for Universities*; The University of Chicago Press; United States, 1993, página 4.
[16] BURK, Dan; COHEN, Julie; "Fair Use infrastructure for copyright management systems"; Georgetown University Law Center, 2000 Working Papers, Working Paper N° 239731, página 3.
[17] WILSON, Lee; *Fair Use, Free use and Use by permission*; Allworth Press, 2005, Canada, página 68.
[18] BURK, Dan; COHEN, Julie; "Fair Use infrastructure for copyright management systems"; Georgetown University Law Center, 2000 Working Papers, Working Paper N° 239731, página 5.

El rol de la doctrina de uso justo en materia de propiedad intelectual se encuentra dado por la barrera que implica para el establecimiento de monopolios culturales, tanto en la distribución como en la producción de activos culturales.[19]

## Derecho de propiedad intelectual y libre competencia

El principal desafío a la hora de intentar aplicar las excepciones relativas a la propiedad intelectual en materia de libre competencia tiene directa relación con lograr la comprensión de los Tribunales Ordinarios de Justicia a la existencia de una contraposición de intereses públicos y privados en la aplicación de la normativa nacional.[20]

Al comprender que el derecho de propiedad intelectual implica la defensa de derechos particulares, por sobre el bienestar público expresado en la generación de nuevo conocimiento orientado a la maximización de la riqueza, la factibilidad de aplicar excepciones a infracciones a la ley de propiedad intelectual a través de la institucionalidad de la libre competencia resulta no sólo factible, sino que justificable.

Es más, si estudiamos este conflicto desde un punto de vista exclusivo de libre competencia, nos encontraremos en la dicotomía de aceptar un monopolio natural, sin mayor regulación, que puede implicar incluso el abuso de una posición dominante, en contraposición a la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia. Por tanto, de acuerdo a la normativa nacional, podría ser objeto de una revisión preventiva por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sometiendo la actuación del titular de los derechos a las medidas preventivas que tenga a bien ordenar el tribunal.

## Derecho de propiedad industrial y la repartición de cuotas de mercado a través de acuerdos extrajudiciales

El derecho de propiedad industrial garantiza la protección de las innovaciones que hayan sido debidamente patentadas por su autor, de las marcas comerciales, de los modelos industriales, procesos tecnológicos y de creaciones análogas.

[19] BURK, Dan; COHEN, Julie; "Fair Use infrastructure for copyright management systems"; Georgetown University Law Center, 2000 Working Papers, Working Paper N° 239731, página 6.
[20] HOVENKAMP, Herbert; *The antitrust enterprise: principle and execution*, Harvard University Press, 2005. Página 253.

Para efectos del presente artículo circunscribiremos nuestro estudio al de las patentes comerciales.

En los términos del artículo 31 la Ley de Propiedad Industrial, Ley N° 19.039, de 25 de enero del año 1991, podemos entender por **patente** "el derecho exclusivo que concede el Estado para la protección de una invención", y por **invención**: "toda solución a un problema de la técnica que origina un quehacer industrial".

Una vez que nos encontramos con un avance intelectual susceptible de ser patentado, que ha cumplido con todos los requisitos impuestos por la ley para obtener dicho carácter, aún pueden suscitarse controversias respecto de la propiedad de dichas patentes, o incluso de la colusión de los derechos reconocidos por la autoridad mediante las patentes concedidas, cuando los derechos adjudicados apliquen las mismas soluciones para la satisfacción de las mismas necesidades.

El problema se da cuando las partes de este conflicto optan por un acuerdo extrajudicial que les permite repartirse cuotas de mercado, o zonas geográficas del mismo, vulnerando directamente las normas de protección de la libre competencia. Lo anterior, en razón de que el mismo hecho de que las partes lleguen a un acuerdo que concilie sus intereses puede redundar en una anulación de la competencia en dicho mercado, al regular precio, cargos adicionales, y al intercambiar información sobre los productos, sus costos, etc.[21]

En tal contexto, una vez enfrentados a este problema se pueden dar dos opciones: En primer lugar, que las partes solucionen este problema extrajudicialmente antes de arribar a sede judicial, o, en segundo lugar, que el problema sea resuelto a través del tribunal de propiedad industrial.

En ambos casos, al igual que en las prácticas colusorias de carácter tradicional, ambos litigantes sólo buscan su beneficio personal, sin consideración del interés público[22] asociado a las innovaciones por ellos producidas en la generación de nuevo conocimiento, y en consecuencia, mayor crecimiento y desarrollo para el país en el cual se encuentran insertos. Es así como, para parte de la doctrina, se requiere aumentar la profundidad del escrutinio público en estas materias,

[21] HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY, Mark; "Anticompetitive settlements of intelectual property disputes", UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series, http//ssrn.com/abstract=380841, página 1.

[22] HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY, Mark; "Anticompetitive settlements of intelectual property disputes", UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series, http//ssrn.com/abstract=380841, página 4.

garantizando la responsabilidad de las empresas a la hora de acordar condiciones que impliquen la generación de verdaderos monopolios mediante la suscripción de acuerdos judiciales o extrajudiciales, o *joint ventures*, que, en la práctica, impliquen la constitución de un cartel con apariencia de legalidad.

Respecto del acuerdo entre partes fuera de la sede jurisdiccional, resulta ser uno de los resultados ideales a la resolución de conflictos, es más, necesariamente estamos en presencia de una infracción a la regulación de la libre competencia, debido a que un acuerdo de tales características implicaría necesariamente un cartel, debido a que nos encontramos frente a un acuerdo de voluntades desarrollado por una pluralidad de competidores, que establecen obligaciones y derechos de idéntico contenido para todos los contratantes, mediante acuerdos directos o indirectos que buscan la prosecución de un objetivo común: eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante respectivo.[23]

En atención al caso en comento, aun cuando las partes de un litigio eventual no buscaran más que superar sus diferencias en materia de derecho de propiedad industrial, si en dicho arreglo optaran por el acuerdo de cuotas de mercado, la repartición de zonas geográficas, o, peor aún, un acuerdo de precios, estarían vulnerando mediante este arreglo entre particulares las normas del derecho de la libre competencia, generando un acuerdo de carácter horizontal entre competidores.

Independientemente que los efectos antes señalados no sean los buscados por las partes del arreglo extrajudicial, éste tendrá necesariamente efectos contrarios a la libre competencia, en virtud de las consecuencias económicas de los puntos acordados.

Es más, otra consecuencia ostensible de los acuerdos privados en materia de patentes implica que los intereses que en principio resultaban contrapuestos entre las partes, favoreciendo la competencia en los mercados, son alineados al momento de la negociación, generando posturas congruentes, las cuales al generar puntos de acuerdo tenderán a bajar la competitividad de los productos ofrecidos en directo desmedro de los particulares.[24]

[23] VÁLDES PRIETO, Domingo; *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2006, página 521.
[24] O'ROURKE, Maureen; BRODLEY, Joseph; "Antitrust implications of Patents Settlements: an incentives modifying approach", Boston University School of Law, Working Paper series, law and economics, Working Paper N° 03-08, página 8.

De acuerdo a lo señalado por el profesor Germán Coloma, siguiendo a Carlton y Perloff, existen variados elementos que la doctrina económica ha logrado individualizar para el favorecimiento de la generación de acuerdos horizontales entre competidores, al señalar "tres elementos básicos necesarios para que un cartel pueda establecerse de manera exitosa: capacidad para incrementar los precios, bajas penalidades esperadas y bajos costos de organizar el cartel".[25] En el caso en comento, dichas condiciones además resultan aun más factibles en un acuerdo entre competidores en el contexto de una disputa en relación al patentamiento de una determinada invención, debido a que al tener ambos competidores en su conjunto el monopolio del producto en cuestión resulta sencillo plantear acuerdos sobre cuotas de producción o fijación de precios dentro de un acuerdo de actuación conjunta.

En el mismo sentido, la potencialidad de recibir una sanción por la existencia de acuerdos en esta materia resulta baja, en el entendido de que nos encontramos frente a un acuerdo extrajudicial, que en el derecho chileno se le reconoce el valor de una sentencia judicial.

Y, finalmente, respecto de los bajos costos de la organización del cartel, punto que tradicionalmente plantea el mayor grado de dificultad de prueba en la persecución de este tipo de ilícitos por la institucionalidad de la libre competencia, en esta ocasión no sólo implica una baja en los costos de organización, sino que un ahorro considerable, al considerar la prevención de un litigio en sede jurisdiccional. Inclusive, "la ley generalmente favorece los acuerdos extrajudiciales porque implican una adecuada distribución de recursos administrativos y judiciales, ahorrando tiempo y costos a las partes, evitan la incertidumbre de un resultado judicial y destinan su capital en empresas productivas".[26]

Es más, de acuerdo al DL 211, las características que hayan revestido este acuerdo resultan indiferentes como criterio a la hora de realizar el estudio de la conducta requerida como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica, o demandada por particulares afectados. Sólo siendo relevantes para la determinación de la existencia de dicho ilícito las condiciones fijadas por el acuerdo colusorio y la factibilidad de que dicho acuerdo afectare en la práctica la competencia en los mercados.

[25] COLOMA, Germán; *Defensa de la competencia*; Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, página 81.
[26] O'ROURKE, Maureen; BRODLEY, Joseph; "Antitrust implications of Patents Settlements: an incentives modifying approach", Boston University School of Law, Working Paper series, law and economics, Working Paper N° 03-08, página 7.

Para asegurar que el acuerdo alcanzado por las partes a fin de resolver sus controversias no implique sanciones posteriores en virtud de la normativa de defensa de la competencia, resulta evidente y necesario un pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, anterior a la suscripción de tal convenio, haciendo uso de las facultades no jurisdiccionales del Tribunal mediante la solicitud realizada por los interesados antes de la suscripción del acuerdo que resuelva sus controversias en materia de propiedad industrial.

De tal manera que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podría prevenir este tipo de conflictos mediante su intervención como órgano preventivo consultivo o ad referéndum, en palabras del profesor Francisco Pfeffer: "En el ejercicio de esta atribución actúa, por un lado, como órgano administrativo consultivo preventivo cuando conoce de asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley, referidos a hechos, actos o contratos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos".[27]

Dentro de los criterios que deberán ser considerados por el Tribunal para la aprobación de este convenio, de acuerdo a lo planteado por Carl Shapiro,[28] se encuentran los siguientes:

a) Las partes cuentan con elementos suficientes para la generación de un conflicto de relevancia jurídica.

b) Que el acuerdo planteado por las partes resulta razonable para ambos.

c) Que el acuerdo no implique consecuencias que vulneren la competencia en mayor medida que una potencial resolución judicial del conflicto.

Mediante la aplicación de estos criterios, se equilibran los dos intereses en juego. Por una parte, se permite la resolución de un conflicto entre particulares, permitiendo su lícita resolución del mismo. Y, por otra, se cautela el interés de la sociedad, al asegurar mediante el pronunciamiento preventivo del Tribunal, que dicho acuerdo entre particulares no vendrá a alterar las condiciones de mercado en forma tal que se afecte el interés del mismo, mediante la creación de un acuerdo que vulnere los principios de la competencia en los mercados.

En segundo lugar, en caso de que la controversia no pueda ser resuelta por las partes directamente, se suscitará necesariamente un litigio a través de los

[27] PFEFFER, Francisco; "¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión"; *Revista Actualidad Jurídica* N° 18, julio de 2008, página 584.
[28] SHAPIRO, Carl; *Antitrust limits to Patent Settlements.*

tribunales especiales en la materia, en nuestro país, el Tribunal de Propiedad Industrial, creado por la Ley 19.039 en su artículo 17.

En el derecho estadounidense, dicha situación debe ser supervigilada por el tribunal a la hora de aceptar el acuerdo entre los particulares. En Chile, el Tribunal de Propiedad Intelectual sólo tiene atribuciones para pronunciarse respecto de las controversias suscitadas en esta materia, por tanto, al contrario de los tribunales anglosajones, no podría considerar en sus resoluciones elementos relativos a garantizar la competencia en los mercados.

Es así como, en estos casos, el resultado de estos acuerdos que potencialmente podrían producir efectos contrarios a la libre competencia pueden ser tan anticompetitivos como el resultado de un acuerdo extrajudicial. O incluso un fallo resolutivo del tribunal competente puede implicar, en la práctica, el establecimiento de un monopolio a favor del litigante beneficiado por el fallo del tribunal.[29]

Un problema peor puede generarse si añadimos el factor de la litigación de mala fe en este tipo de tribunales, generando un caso previamente acordado entre las partes para prevalerse de la jurisdicción de la institucionalidad de la libre competencia, al dar origen a la práctica anticompetitiva al alero de un fallo judicial.

La institución del "*Sham Litigation*" o "litigación por engaño", se ha convertido en un recurso utilizado comúnmente para la validación de conductas anticompetitivas por medio de una apariencia de legalidad, mediante la cual se interponen acciones judiciales o gubernamentales con finalidades diversas a aquellas protegidas por el legislador mediante su consagración en el cuerpo normativo aludido.

Respecto de de las acciones tendientes a vulnerar el derecho de propiedad industrial, pueden generarse conflictos aparentes entre las partes con la finalidad de arribar a un "acuerdo extrajudicial" entre ellas, mediante el cual se oculte un acuerdo colusorio entre las mismas, estableciendo fijaciones de precios, cuotas de mercado, división de zonas geográficas, etc., generando barreras a la entrada para cualquier nuevo competidor, y, peor aún, preconstituyendo prueba a su favor para una potencial investigación por parte de la institucionalidad de la libre competencia en los mercados, garantizando una resolución

[29] HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY Mark; "Anticompetitive settlements of intelectual property disputes", UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series, http//ssrn.com/abstract=380841, página 3.

favorable de la autoridad en virtud de un acuerdo suscrito simuladamente entre las partes.[30]

Por otra parte, la generación de multiplicidad de patentes respecto de una misma invención, que tendría por efecto la multiplicación de la competencia, y por lo tanto, un favorecimiento directo de los consumidores, mediante una aplicación exacerbada podría implicar una desprotección del derecho de propiedad intelectual, desincentivando, en consecuencia, la generación de nuevos productos patentables.

## Conclusiones

En definitiva, podemos asegurar que los estatutos jurídicos de defensa de la propiedad intelectual e industrial se encuentran íntimamente ligados en su ejercicio y protección respecto de las normas de defensa de la libre competencia, debiendo incorporar en nuestro debate jurídico los conflictos que se han presenciado en el derecho comparado respecto de ambos estatutos.

En lo referente a la protección de la propiedad intelectual, hemos de reconocer, que la negativa de nuestro legislador de regular la excepción de uso justo, reconociendo limitados casos puntuales de uso incidental a entidades no lucrativas, podrá generar restricciones importantes a la generación de conocimiento de nuestro país, restringiendo en la práctica la creación de nuevos negocios y medios de innovación.

Con todo, en caso de constituirse el derecho de propiedad industrial en una barrera en cierto mercado relevante, pudiera ser aplicable la interposición de una demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a fin de resolver dicha controversia.

Respecto de la potencialidad de la consagración de prácticas concertadas a través de acuerdos extrajudiciales en materia de patentes, al alero del estatuto jurídico de la propiedad industrial, hemos de sostener que su existencia no los exime de la responsabilidad que cabria a las partes ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, correspondiendo dichos acuerdos a aquellos que deben ser sometidos a conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante la aplicación de sus facultades ad referéndum, para prevenir cualquier abuso de las partes contratantes.

[30] Bork, Robert H.; *The antitrust paradox: A policy at war with itself: chapter 18: Predation through governmental processes*, The Free Press, United States of America, 1993, page 357.

Con todo, en caso de no cumplirse con dicho requisito, y, como ha podido observarse en la jurisprudencia reciente del Tribunal, la existencia de litigios pendientes o resueltos ante otros tribunales no sustrae al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del estudio de potenciales infracciones al DL 211, y, por tanto, un acuerdo extrajudicial en materia de patentes, aceptado por el Tribunal de Propiedad Industrial, en caso alguno eximiría de responsabilidad a los contratantes de los acuerdos anticompetitivos que dicha transacción incluyera, no siendo atribución del Tribunal de Propiedad Industrial calificar al respecto, por medio de sus resoluciones, las normas de libre competencia en los mercados.

## Bibliografía.

BORK, Robert H.; *The antitrust paradox: A policy at war with itself: chapter 18: Predation through governmental processes*, The Free Press, United States of America, 1993.

BURK, Dan; COHEN, Julie; "Fair Use infrastructure for copyright management systems"; Georgetown University Law Center, 2000 Working Papers, Working Paper N° 239731.

CEA EGAÑA, Jose Luis; *Derecho Constitucional Chileno: Tomo II: Derechos, deberes y garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, página 580.

COLOMA, Germán; *Defensa de la competencia*; Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.

COMISIONES DE ECONOMÍA Y EDUCACIÓN, CULTURA, CIENCIA Y TECNOLOGÍA UNIDAS, SEGUNDO INFORME recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

CREWS, Kenneth D.; *Copyright, Fair Use and the challenge for Universities*; The University of Chicago Press; United States, 1993.

DRUKER, Peter; "La nueva sociedad de las organizaciones"; Harvard Business Review, 1993.

UPPET, María Fernanda: "Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos", *Revista Actualidad Jurídica* N° 18, julio 2008.

HOVENKAMP, Herbert; *The antitrust enterprise: principle and execution*, Harvard University Press, 2005.

HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY, Mark; "Anticompetitive settlements of intelectual property disputes", UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series, http//ssrn.com/abstract=380841.

HUGHES, Justin; "Fair Use Across Time"; 50 UCLA Law Review, N° 20, 2003.

Ley de Defensa de la Libre Competencia, texto refundido del DL 211 con la Ley N° 20.361, publicada el día 13 de julio del año 2009.

O'ROURKE, Maureen; BRODLEY, Joseph; "Antitrust implications of Patents Settlements: an incentives modifying approach", Boston University School of Law, Working paper series, law and economics, Working Paper N° 03-08.

PFEFFER, Francisco; "¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión"; *Revista Actualidad Jurídica* N° 18, julio de 2008.

HAPIRO, Carl; "Antitrust limits to Patent Settlements", *RAND Journal of Economics*, Vol. 34, No. 2, Summer 2003. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=406698.

STIGLITZ, Joseph; *El malestar en la globalización*; Editorial Taurus, 2002, Buenos Aires, Argentina.

VÁLDES PRIETO, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2006.

WILSON, Lee; *Fair Use, Free use and Use by permission*; Allworth Press, 2005, Canada.

# La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: el recurso de unificación de jurisprudencia

**Cecily Halpern Montecino**
**Héctor Humeres Noguer**
Profesores
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo
Universidad de Chile

## 1. Antecedentes generales

Desde el 30 de octubre recién pasado, la compleja transformación a la justicia laboral está vigente en todo el territorio nacional, luego de un prolongado debate, inicialmente técnico-académico (el denominado "Foro laboral") iniciado el año 2000, al cual siguió un turbulento debate parlamentario.

Este cambio constituye, no sólo para los iuslaboralistas sino para todo el mundo del trabajo, un enorme desafío, puesto que pretende materializar el anhelo de contar con una justicia rápida, eficaz y transparente, a fin de que otorgue una tutela efectiva a los derechos e intereses de los sujetos involucrados en los conflictos judiciales.

Esta nueva realidad nos entusiasma y nos invita a retomar, con renovados bríos, el estudio y análisis de las instituciones legales llamadas a convertir dichos anhelos en una palpable realidad. Asimismo, este distinto contexto nos obliga a formular algunos comentarios y alcances para provocar reflexiones más profundas, objetivo que pretendemos alcanzar mediante el presente trabajo.

La reforma, que se implementó gradualmente por regiones, hizo necesaria la dictación de varios preceptos legales, puesto que modificó aspectos fundamentales del sistema procesal laboral vigente a la época. En efecto, confluyeron siete cuerpos normativos a fin de configurar el nuevo modelo, a saber: las leyes números 20.022 de 30 de mayo de 2005; 20.023 de 31 de mayo de 2005;

20.087 de 3 de enero de 2006; 20.164 de 6 de enero de 2007; 20.252 de 15 de febrero de 2008; 20.260 de 29 de marzo de 2008; y 20.287 de 17 de julio de 2008.

Las normas antes indicadas innovaron tanto en la tramitación como en el contenido mismo de los procesos laborales, reemplazándose, en forma radical, tanto la estructura orgánica como los procedimientos de los juicios del trabajo. En la ritualidad, se desplazó la escrituración en beneficio de la oralidad y la publicidad; asimismo, se adoptaron como principios inspiradores los de la concentración, la celeridad y la inmediación judicial.

En razón de estos criterios rectores, se redujeron las posibilidades de impugnación y se limitaron los recursos procesales, tanto al interior de la instancia como ante los tribunales superiores, tema que abordaremos en esta monografía.

No obstante, dada la extensión y profundidad de la reforma, nos limitaremos al examen y análisis crítico de sólo uno de los medios de impugnación que ella contempla, el cual resalta tanto por su novedad en nuestro sistema procesal, como por la incidencia que él representa en el rol que le corresponderá desempeñar –en el futuro– a nuestra Corte Suprema de Justicia.

Nos referimos al **recurso de unificación de jurisprudencia**, cuya finalidad es la revisión, por parte de la Corte Suprema, del derecho objetivo aplicado en la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones al resolver un recurso de nulidad.

Previo al examen pormenorizado de este medio procesal, cabe señalar que la apelación, recurso ordinario y tradicional de revisión de las sentencias definitivas, ha sido reemplazado por uno de derecho estricto, el recurso de nulidad. Las razones que se sostuvieron para implantar esta restricción fueron varias. En lo fundamental, se señaló que la presencia e intervención personal del juez en los procedimientos orales –sobre todo en lo que dice relación con la rendición y apreciación de la prueba– le permite a éste obtener un conocimiento directo de los detalles del proceso, lo que no es revisable en instancias superiores, a menos que se optare por repetir el juicio.

Asimismo, y desde el punto de vista de los derechos en litigio, se sostuvo que la doble instancia suponía un retraso en la resolución de los conflictos, inadmisible en las pretensiones laborales, y por tanto, en definitiva, que la apelación sería incompatible con el proceso oral. De igual modo, se argumentó –desde la perspectiva propiamente procesal– que la apelación atentaría contra los principios rectores de este nuevo procedimiento, especialmente los de celeridad y concentración, al demandar tiempo y trámites adicionales para su vista, desarrollo y resolución.

Además de lo ya indicado acerca del recurso de apelación, debemos puntualizar que se suprimió el recurso de casación, tanto en la forma como en el fondo. No obstante, la mayor parte de las causales que se establecían para interponerlo, las encontramos incorporadas como fundamentos sustentantes del nuevo recurso de nulidad en el texto reformado. Es preciso puntualizar, sin embargo, que del recurso de nulidad le corresponde conocer a las Cortes de Apelaciones, frente a la impugnación de la sentencia definitiva y en nuestro país su número alcanza a 17.

## 2. Normas de tramitación del recurso

Examinaremos a continuación, en forma sucinta, la regulación del recurso de unificación de jurisprudencia introducida por la reforma en análisis.

Se encuentra reglamentado en el nuevo libro V del Código del Trabajo, en los artículos 483, 483-A; 483-B, y 483-C, cuyos textos fueron incorporados por la Ley N° 20.260, de 29 de marzo de 2008. De conformidad con la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición, la iniciativa de incorporar este nuevo medio de impugnación se originó en una indicación emanada de la Presidencia de la República, presentada a la Comisión de Trabajo del Senado, iniciativa de la cual no tenemos muchos antecedentes.[1] El objeto perseguido por éste, según lo manifestado en dicha oportunidad, sería el de "unificar la jurisprudencia".

Algunos personeros señalan que este recurso es muy similar a otros consagrados en el derecho comparado, como la casación francesa o el recurso que se interpone ante la Suprema Corte de Estados Unidos de América para uniformar los fallos de tribunales estatales.

[1] ACTAS DE LA COMISIÓN DE TRABAJO DEL H. SENADO. Historia de la Ley N° 20.260, indicación 20 bis, página 272. Al efecto, expresó el Asesor del Ministro de Justicia que " finalmente, el nuevo régimen de recursos ofrece dos vías de impugnación: la primera, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de única instancia dictada por el tribunal laboral. Dicho recurso procede por las causales que al efecto se detallan y que, en general, corresponden a las que hacen procedente el recurso de casación, tanto en el fondo como en la forma. Quien conoce de este recurso es la Corte de Apelaciones respectiva, y contra el fallo que a su respecto se pronuncie no procederá recurso alguno, salvo un recurso excepcional denominado de unificación de jurisprudencia, el que será conocido por la Corte Suprema y cuya finalidad es, tal como su nombre lo indica, uniformar la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales superiores de justicia. Esta es, por tanto, la segunda vía de recursos contemplada. En consecuencia, concluyó, habrá un tribunal de única instancia que dicte sentencia definitiva, contra la cual procederá el recurso de nulidad y, respecto del fallo que en él se pronuncie, se podrá recurrir ante la Corte Suprema en el evento de que existan otras sentencias de tribunales superiores, sobre la misma materia, pero que sean contradictorias con la que se impugna. De esa forma, se propenderá a la unificación de la jurisprudencia".

En nuestra opinión, un antecedente de este recurso en el plano nacional puede encontrarse en el recurso de nulidad contemplado en el Código Procesal Penal, (Ley 19.696), en cuanto, en su artículo 373 letra b, introduce un mecanismo para que la Corte Suprema pueda unificar la doctrina jurisprudencial. En el sistema penal, es posible impetrar este recurso, a propósito de la petición de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento de ésta se hiciere una errónea aplicación del derecho, que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Si ésta es la causal de nulidad invocada y existieren distintas interpretaciones, sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, se altera la competencia natural de las Cortes de Apelaciones, y el recurso de nulidad debe ser conocido por el máximo tribunal, a fin de que "unifique la jurisprudencia contradictoria" (art. 376 CPP).

En materia laboral, en conformidad con la nueva regla, el recurso siempre será conocido por la Corte Suprema y en su virtud pueden ser revisadas las sentencias emanadas de las Cortes de Apelaciones, con ocasión de la resolución de un recurso de nulidad.

Por otra parte, algunas opiniones han señalado que la reforma procesal laboral de Chile tomó como antecedente el estatuto proveniente del sistema procesal español, con algunas modificaciones, las que lamentablemente habrían alterado su objetivo y eficacia, tanto procesal como sustantiva. En el país europeo, el recurso se denomina "Recurso de Casación para la Uniformidad de la Doctrina" y su reglamentación ha sido dada por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

No obstante, en la situación española, debe tenerse presente que cuando el legislador de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de abril de 1989 introdujo, por primera vez en ese ordenamiento jurídico, la casación para la unificación de doctrina, no lo hizo por mero voluntarismo, sino que el mismo sistema de órganos y recursos laborales que había diseñado le obligó a ello. En efecto, señala un académico de la Universidad de Valencia[2] que "dicho sistema consistía en una única instancia ante un órgano que variaba en función del asunto de que se tratara (Juzgado de lo Social, Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Nacional) y un posterior recurso extraordinario, según el órgano que hubiera conocido en primer lugar (suplicación para los casos en que lo hubiera sido el Juzgado de lo Social y casación cuando se hubiera tratado del Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional).

[2] JIMÉNEZ FORTEA, Francisco Javier: (1999) *El recurso de casación para la unificación de la doctrina laboral. Problemas Fundamentales*. Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia.

Continúa el mismo autor señalando: "con ese diseño, el riesgo de una dispersión de las doctrinas mantenidas en suplicación (especie de apelación) por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia era muy alto (hay que tener en cuenta que son veintiuna las Salas de lo Social), por lo que en aras a garantizar los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, así como la primacía jurisdiccional del Tribunal Supremo, se hizo necesario crear un medio de impugnación ante este último, que la evitara o, en su caso, la corrigiera. Ese recurso fue el de casación para la unificación de doctrina, el cual se reguló inicialmente en la Base 35ª y se desarrolló posteriormente en los artículos 215 a 225 del texto del articulado de 1990, aunque en el actual Texto Refundido de 1995 (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril) tiene una numeración distinta".

En anexo N° 1 de esta monografía se inserta la parte pertinente de la legislación española, en la cual es destacable sobre todo el artículo 226, el cual, en su inciso segundo, señala que "Si la sentencia del Tribunal Supremo declarare que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada". Comparado este texto con el establecido por la Reforma Procesal Laboral, es dable advertir la falta de rigurosidad de este último, tanto de los conceptos doctrinarios implícitos en la figura legal, como en el tratamiento procesal mismo.

Ahora bien, de conformidad con las normas de tramitación que venimos desarrollando, debemos señalar que la causal que autoriza la interposición en el caso chileno, de acuerdo con la legislación reformada, es la existencia de "distintas interpretaciones judiciales, sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de los Tribunales Superiores de Justicia". Al respecto, cabe tener presente algunas consideraciones en relación con este último requisito; la alusión a "Tribunales Superiores" debe entenderse referida a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema; por ende, no cabe interponer este recurso contra sentencias en las que el derecho ha sido aplicado en forma diversa por los Jueces de Letras.[3]

Es del caso consignar que la Corte Suprema, en la experiencia que hemos observado a la fecha, ha aceptado que el recurso se funde en fallos emitidos por esta categoría de tribunales, dictados incluso antes de la vigencia de la reforma procesal laboral. Destacamos este hecho porque ello no ha sido así en el caso del recurso penal, al cual aludimos en párrafos precedentes, en el que la Corte ha exigido que las sentencias sustentantes del recurso hubiesen sido

[3] La Corte Suprema de Justicia fijó este criterio en la causa Rol N° 5164-08.

dictadas en el marco de la reforma procesal penal. Por tanto, en ese ámbito, no cabría invocar fallos dictados por Cortes, en conocimiento de alguna causa del antiguo sistema procesal penal.[4]

El profesor Mario Rojas S., por su parte, sostiene que no tiene sentido que la competencia para conocer del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho se haya entregado a la Corte Suprema únicamente en el evento de jurisprudencia contradictoria, máxime si se ha estimado que ésta es solo aquella generada durante el nuevo sistema, borrándose de una plumada la jurisprudencia sustantiva generada por el máximo tribunal durante más de un siglo.[5]

El objeto que persigue este recurso en material laboral, como su denominación lo señala, es la unificación de la jurisprudencia, para lo cual el Tribunal Supremo, en conformidad con el texto legal que lo regula –en nuestra opinión– debiera proceder a declarar la nulidad de la sentencia recurrida, en la materia de derecho objeto del juicio, y su enmienda conforme a la jurisprudencia existente, o eventualmente confirmarla. Serían éstas, por tanto, las opciones de la Corte frente a la interposición del recurso, función que nos parece reductora e insuficiente, según comentaremos en la parte conclusiva de este trabajo.

El legitimado activo es la parte que impugna la resolución que falló el recurso de nulidad, basado, como se adelantó, en la existencia de diversas interpretaciones jurisprudenciales anteriores.

El recurso se interpone directamente ante el tribunal que dictó la resolución, para que sea conocido y resuelto por el tribunal superior jerárquico. En efecto, el recurso de unificación de jurisprudencia debe interponerse ante la Corte de Apelaciones, en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia de nulidad recurrida, para que sea conocido por la Corte Suprema. El plazo para su interposición se cuenta desde la notificación de la sentencia recurrida, es decir, de aquella que falló el recurso de nulidad, teniendo el recurrido, por su lado, el plazo de 10 días para hacerse parte, el que se cuenta desde la declaración de admisibilidad del recurso por la Corte Suprema.[6]

El tribunal a quo lo declarará admisible, a menos que sea presentado extemporáneamente. El recurso debe ser fundado e incluir una relación "precisa y

[4] RIEUTORD ALVARADO, Andrés. *El Recurso de Nulidad en el nuevo proceso penal.* Editorial Jurídica de Chile, 2007, pág. 83.

[5] ROJAS SEPÚLVEDA, Mario. "Claves de la Reforma Procesal Civil". Artículo publicado en el N° 20. tomo I, de la Revista *Actualidad Jurídica*, julio 2009, pág. 148. Ediciones Universidad del Desarrollo.

[6] La Corte Suprema de Justicia ha resuelto que la sentencia de nulidad dictada por la Corte de Apelaciones debe emitir pronunciamiento sobre la materia de derecho respecto de la cual se pretende la unificación. Rol N° 2814-09

circunstanciada" de las distintas interpretaciones relativas a las materias de derecho objeto de la sentencia que se impugna; se exige, asimismo, que se acompañe copia del o los fallos que se invocan como fundamento.[7]

Por regla general, la interposición del recurso no suspende la ejecución de la resolución recurrida; excepcionalmente lo hará, cuando el cumplimiento de ésta haga imposible llevar a efecto la que se dicte en la eventualidad de acogerse la unificación de jurisprudencia. La parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto la resolución recurrida mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal; el recurrente deberá ejercer este derecho conjuntamente con la interposición del recurso y en solicitud separada.

La Corte de Apelaciones, al declarar admisible el recurso, deberá pronunciarse de plano sobre esta solicitud, sin que proceda recurso alguno contra esta resolución, salvo la reposición cuando ha decretado su inadmisibilidad. Declarado admisible el recurso, la Corte de Apelaciones remitirá a la Corte Suprema copia de la resolución que resuelve la nulidad, del escrito en que se hubiere interpuesto el recurso, y los demás antecedentes necesarios para la resolución del mismo.[8]

Una vez recibidos los antecedentes por la Corte Suprema, la sala especializada de este tribunal (Cuarta) efectuará un segundo examen de admisibilidad formal del recurso, pudiendo declararlo inadmisible fundándose en la falta de los requisitos exigidos por la ley, a saber, la interposición oportuna del recurso, los fundamentos del mismo, la relación de las distintas interpretaciones y copia de los fallos que se invocan como fundamento.[9] Si el recurso fuere declarado admisible por la sala especializada de la Corte Suprema, el recurrido tiene un plazo de 10 días para hacerse parte y presentar las observaciones que estime convenientes; en la vista de la causa se observarán las reglas establecidas para la apelación, con la salvedad que las alegaciones de cada parte se limitarán a 30 minutos.

Al acoger el recurso, la Corte Suprema dictará acto continuo, y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia. La sentencia que falle el recurso y la eventual sentencia de reemplazo no serán susceptibles de recurso alguno, excepto el de aclaración, rectificación o

[7] La Corte Suprema de Justicia ha resuelto que los pronunciamientos emitidos en las resoluciones dictadas en cuenta de admisibilidad, carecen de efecto vinculante. Rol N° 5164-08.

[8] La Corte Suprema de Justicia ha resuelto que deben existir a lo menos dos sentencias sobre el punto de derecho a cuyo respecto se pretende la unificación. Rol 7335-08.

[9] La Corte Suprema ha resuelto que no existe oposición a la línea jurisprudencial en las sentencias que ponen fin a un conflicto suscitado sobre hechos distintos. Rol 7335-08.

enmienda. Asimismo, dispone expresamente la ley que el fallo que resuelve este recurso tiene efecto relativo, pues sólo afectará la causa respectiva, y en ningún caso tendrá efecto sobre las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedente, siguiendo, en consecuencia, los principios contenidos en el Código Civil.

De la regulación examinada, podemos afirmar que se trata de un recurso extraordinario, pues procede contra una resolución específica y por causales determinadas; además, no constituye instancia, ya que no se revisan los hechos, sino que sólo la materia de derecho objeto del juicio.

Por tanto, podríamos sostener, como concepto de este recurso, que "**es el acto jurídico procesal de parte, por medio del cual se impugna la resolución que falla el recurso de nulidad, debido a la existencia de distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de los Tribunales Superiores de Justicia, en la materia de derecho objeto del juicio, solicitando la nulidad de la sentencia recurrida, en la materia de derecho objeto del juicio, y su enmienda conforme a la jurisprudencia de los señalados Tribunales Superiores de Justicia**".

## 3. Fundamento doctrinario y normativo del recurso

De conformidad con la preceptiva antes expuesta, la posibilidad de interponer este recurso se produce cuando la sentencia de un tribunal inferior difiere de la interpretación otorgada por la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores, en fallos anteriores, referidos a situaciones análogas, regidas por las mismas normas legales.

El asunto que nos ocupa se desenvuelve en un escenario complejo, en el cual subyacen diversos elementos que confluyen para crear un trasfondo difícil; esta dificultad apunta tanto al plano doctrinario como al fáctico e histórico.

En primer lugar, debemos recordar que se ha definido por la jurisprudencia que el proceso de interpretación legal es "la determinación del significado, alcance, sentido o valor de la ley frente a las situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse, y que la "razón de ser del proceso de interpretación de la ley busca la determinación del fin, del sentido de ella".[10] En este concepto se destaca el objetivo de la interpretación y el hecho que ella busca

[10] CICLO DE CONFERENCIAS SOBRE INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y RAZONAMIENTO JURÍDICOS, 1991. Editorial Jurídica de Chile, 1992. pág. 6.

el significado, sentido o valor de la ley, pero agrega que lo anterior no ocurre en la abstracción de la pura literalidad de la norma, sino que frente al caso o problema concreto que el intérprete está llamado a decidir.

De acuerdo con este planteamiento, para cumplir con su tarea, el intérprete "debe tomar contacto con la ley en función del caso, del problema o del conflicto concreto sometido a su opinión o decisión. Este contacto con la ley se hace con todos los elementos que el derecho positivo, la ciencia y la filosofía del derecho pongan a disposición del intérprete, el que, naturalmente, debe presumir que la verdadera intención del legislador es que el sentido del mandato que ha puesto en vigencia sea comprendido mediante el análisis, el estudio y la reflexión sobre todos los antecedentes pertinentes".[11]

En segundo término, aporta a la dificultad a que nos referimos la circunstancia de que nos encontramos con diversas ideas que se sostienen en nuestro medio jurídico, acerca del valor de la jurisprudencia dentro del sistema de las fuentes del derecho, como fuente general del mismo, ya sea material o formal, que han evolucionado en los últimos tiempos.

En efecto, se percibe una tendencia creciente de incorporar concepciones del sistema jurídico anglosajón a nuestro modelo, lo que adiciona complejidad al análisis. Nos referimos a la inclinación a considerar como "precedente obligatorio" a la jurisprudencia de los tribunales superiores, abandonándose la idea de que el precedente es una institución que sólo pertenece a los sistemas del *common law*. Este aspecto nos parece relevante y tiene particular interés, por cuanto incide directamente en la institución que se analiza en este trabajo.

Sin embargo, no podemos olvidar que en Chile la posición clásica y tradicional respecto del tema enunciado ha sido que el juez está llamado a resolver casos concretos, aplicando el derecho existente, general y abstracto, a una situación particular y concreta. Se ha expresado que no es su misión formular reglas de carácter general y por tanto, el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho sería más bien residual; lo anterior, por cuanto en el sistema de división de poderes que consagra nuestra Constitución Política, el Poder Judicial está separado del Legislativo y los órganos jurisdiccionales –cuya cúspide es la Corte Suprema– tienen la función de interpretar y aplicar el derecho, pero no de crearlo.

La razón de que nuestro sistema sea un ordenamiento codificado, que se adscribe al modelo continental, en el que los tribunales emplean las fuentes del

[11] *Ibídem.*

derecho, pero no las originan, no permitiría –por tanto– a la Jurisprudencia constituirse en una fuente de derecho, sino que su función es la de complementar el ordenamiento jurídico, mediante las interpretaciones que realiza. Lo anterior significa, en conformidad a esta postura, que su labor es aplicar y darle el sentido a la ley según el caso concreto sometido a su resolución, y con valor relativo, es decir, para ese sólo caso.

Esta labor la debe realizar el juez, con unidad de criterio, dando lugar a la coherencia en el alcance de las normas, con soluciones análogas a casos similares, para no caer en soluciones discriminatorias. La jurisprudencia elabora así la forma viva del derecho, y ejerce la función de declarar la ley, pero al mismo tiempo de actualizarla, según las necesidades del momento, adecuando las normas al contexto social al cual ha de aplicarse.

Pablo Rodríguez Grez, en su libro *Teoría de la Interpretación Jurídica,*[12] sostiene que "toda interpretación debe fundarse en la coherencia del ordenamiento jurídico. De esta coherencia dependerá que se haga realidad, desde una perspectiva lógica y práctica, el ideal de justicia. Para que tal ideal ocurra, las situaciones semejantes o idénticas deben resolverse de la misma manera"; agrega que "lo determinante en la aplicación de la norma es la fase sustantiva, y ella está entregada enteramente al intérprete, no al legislador". Según este autor, quien pone en funcionamiento al derecho es el creador de la norma particular que servirá para resolver las situaciones que se presentan en la vida social, mediante una regla de conducta concreta y real, pero el creador o intérprete no es un creador libre, ya que debe ceñirse al marco preestablecido por la ley, lo que le otorga la coherencia y armonía al sistema jurídico, no solo formal, sino también material, esto es, que se desarrollen los principios, objetivos, valores y fines contenidos en la norma fundante.

Sin embargo, en la última década se ha dado cabida, aun en los países europeos y latinoamericanos de derecho codificado, a un papel más relevante a la jurisprudencia, otorgándosele mayor valor a las decisiones judiciales anteriores respecto de casos futuros, llegándose a reconocer que los "precedentes" tienen relevancia jurídica.[13]

En efecto, el modelo anglosajón considera la Jurisprudencia como la principal fuente del derecho, como creación judicial del Derecho, mediante el sistema de

[12] RODRÍGUEZ GREZ, *Pablo. Teoria de la Interpretación Jurídica.* Editorial Jurídica de Chile, 1995, págs. 43 y 44.
[13] ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 14.

precedentes de obligatoria observancia. En este sistema, dada la trascendencia práctica y dogmática de los fallos judiciales, se ha acuñado la conocida frase que alude a que "La Ley reina y la Jurisprudencia gobierna".

Nos parece oportuno resaltar el hecho que el recurso que analizamos en esta monografía se inspira fuertemente en la asignación de valor jurídico al precedente, puesto que autoriza la anulación de una sentencia si ella contraría fallos anteriores.

A este debate se agrega el relativo a la mayor o menor libertad que posee cada juez en la tarea de fijar el sentido y alcance de la ley y aplicarla, según su criterio, al caso particular sometido a su conocimiento; en este punto, debemos recordar el principio que emana del Código Civil, el cual indica que el intérprete debe atenerse a la letra de la ley, sin ampliarla o restringirla. De acuerdo con las palabras de Andrés Bello (publicación en *El Araucano* del 30 de septiembre de 1842), "todo otro sistema de interpretación abre una ancha puerta a la arbitrariedad y destruye el imperio de la ley".

Sin embargo, en otra nota se observa que el criterio de Bello está más cercano a la idea de buscar la voluntad del legislador; no obstante, finalmente constatamos cómo, en las normas precisas, abandonó como criterio tanto de la literalidad de la ley como la voluntad presunta del legislador, para establecer, consciente o intuitivamente, como base hermenéutica, la objetividad del sentido de la ley.[14]

## 4. Fallos a la fecha

Desde la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral en nuestro país (hace un poco menos de 2 años a la data del presente trabajo), se han deducido una cincuentena de recursos de unificación de jurisprudencia, habiendo sido declarados, una gran mayoría de ellos, inadmisibles

Los temas de derecho objetivo, a los cuales se han referidos los escasos recursos acogidos (4), han tenido relación con las siguientes materias: concepto del contrato por obra o faena; el valor liberatorio del finiquito, y el ámbito de aplicación de la normativa laboral.

En seguida, revisaremos, brevemente, los principales casos acogidos, según la metodología siguiente: haremos una somera descripción de los hechos con-

[14] DUCCI CLARO, Carlos. *Interpretación Jurídica*, págs. 91 a 94. Editorial Jurídica de Chile, 1977.

tenidos en los escritos fundamentales y al fallo para posteriormente extraer la doctrina contenida en la sentencia de unificación.

**Caso 1**

Por sentencia definitiva, de 10 de febrero de dos mil nueve, el Juzgado del Trabajo de Punta Arenas estableció que los contratos de trabajo de los actores eran de naturaleza indefinida y no por obra o faena como lo había planteado la demandada principal y decidió que la causal invocada por el empleador para el término del contrato era injustificada, por lo que acogió la demanda, condenando a la demandada principal y a la subsidiaria por concepto de indemnización sustitutiva, de años de servicios y compensación de feriado proporcional

En contra de la referida sentencia, ambas partes interpusieron recurso de nulidad, el que fundó la demandada principal en la causal del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, y la subsidiaria en la causal establecida en el artículo 477 del mismo texto legal, esto es, manifiesta infracción a las reglas de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, y con infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, y, en especial, sosteniendo que la naturaleza indefinida de los contratos no hace injustificada la causal prevista en el artículo N° 5 del Código del Trabajo.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo de los recursos de nulidad reseñados, en resolución de tres de abril de 2009, rechazó el de la demandada principal, fundada en que tan solo se funda en la forma de apreciar la prueba, y acogió el de la demandada subsidiaria, por cuanto la causal invocada resulta de los contratos de naturaleza indefinida, en atención a que ha desaparecido la materialidad de la fuente laboral de los actores, por razones no imputables al empleador.

En contra de la resolución que falló dichos recursos de nulidad, las demandadas dedujeron recurso de unificación de jurisprudencia solicitando que la Corte Suprema los acogiese, dejare sin efecto la sentencia recurrida y dictare una de reemplazo, decretando la improcedencia de la causal invocada por la demandada principal, y también sostenida por la subsidiaria, declarando injustificados los despidos de los actores, y ordenando el pago de las indemnizaciones pertinentes para la totalidad de los trabajadores.

*Doctrina*

La Cuarta Sala de la Corte Suprema acogió dicho recurso, estimando que existían distintas interpretaciones sobre una misma materia de derecho, indicando a tal efecto que la recurrente había invocado fallos dictados por esta misma

Corte y otras Cortes de Apelaciones del país, en casos similares, en los que se había determinado, no en forma unívoca, la improcedencia de aplicar la causal establecida en el N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo a los contratos de trabajo pactados de un modo indefinido.

En consideración a ello, la Corte Suprema, al fallar el recurso de unificación, manifestó que le correspondía determinar la procedencia o improcedencia de aplicar la causal prevista en el artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo a los contratos de naturaleza indefinida, estableciendo al efecto que:

1) el elemento esencial de la causal que recoge el numeral 5° del artículo 159 del Código del Trabajo está dado por la transitoriedad de las labores que deben desarrollarse y por la especificidad y determinación de las mismas, las cuales deben estar perfectamente individualizadas en la convención respectiva, y por lo tanto, ser plenamente conocidas por las partes;

2) esta causal constituye una situación excepcional al principio de la estabilidad en el empleo, que se traduce en la preferencia por los contratos de duración indefinida, y que presupone la permanencia en la vinculación a celebrarse entre empleador y trabajador, excluyendo, naturalmente, la temporalidad en la prestación de los servicios;

3) tales contratos, en su finalización deben circunscribirse a las casuales pre-establecidas por el legislador, las cuales recogen, en general, situaciones excepcionales y que deben acreditarse fehacientemente por quien las invoca;

4) la interpretación armónica consecuencial es la improcedencia de la causal prevista en el N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo en relación con los contratos de naturaleza indefinida, por cuanto la esencia de éstos excluye el elemento temporal en la prestación de los servicios como antecedente a considerar para validar y legitimar la terminación, a lo que cabe agregar que al suscribirse un contrato de trabajo, el empleador asume el denominado riesgo de la empresa, de lo que deriva su responsabilidad –en determinadas condiciones– en caso de término de la relación laboral;

5) se unifica la jurisprudencia en orden a que la causal establecida en el N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo resulta improcedente tratándose de contratos de naturaleza indefinida.

## Caso 2

Por sentencia definitiva, de veintinueve de mayo de dos mil nueve, el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena estableció que la demandante, desde el 2 de noviembre de 2004, se desempeñó en funciones administrativas de apoyo a la Secretaría de la Oficina de Relaciones Públicas y Protocolo de la Municipalidad de Coquimbo, con una remuneración mensual ascendente a $ 333.333 mensuales, cumpliendo horario de lunes a viernes, y concluyendo sus labores el 28 de enero de 2008, por razones de buen servicio, a las que se calificó de relación de naturaleza laboral regida por el Código del Trabajo y, como no se invocó causal legal para el despido, éste se consideró injustificado y se condenó a la demandada a pagar las indemnizaciones inherentes a esa declaración.

En contra de la referida sentencia, la parte demandada interpuso recurso de nulidad, el que se fundó en la causal del artículo 477 y, en subsidio, del artículo 478 letra c) previstas en el Código del Trabajo, sosteniendo al efecto que se habían infringido los artículos 1°, 3° y 4° de la Ley N° 18.883; 1° y 7° del Código Laboral y 1545, 1546 y 1560 del Código Civil, a cuyo respecto se argumentó que se ha cometido infracción de ley, por cuanto la Municipalidad no se encontraba autorizada para contratar personal regido por el Código del Trabajo, sino que solo podía hacerlo mediante contrato de prestación de servicios a honorarios.

La Corte de Apelaciones de La Serena, conociendo del recurso de nulidad reseñado, en resolución de tres de agosto del año en curso, lo rechazó, considerando que no se presentaban en el caso ninguna de las situaciones que comprende la infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, a lo que agregó que las conclusiones fácticas a las que se llegó por el juez de la instancia encuadraban perfectamente en la calificación jurídica efectuada, de modo que tampoco se presenta la causal establecida en el artículo 478 letra c) del Código del Trabajo.

En contra de la resolución que falla dicho recurso de nulidad, la demandada dedujo recurso de unificación de jurisprudencia solicitando que la Corte Suprema lo acogiese, dejare sin efecto la sentencia recurrida y dictare una de reemplazo.

La Cuarta Sala de la Corte Suprema acogió dicho recurso, estimando que existían distintas interpretaciones sobre una misma materia de derecho, indicando a tal efecto que la recurrente había invocado tres fallos dictados por la misma Corte, en casos similares, en los que se había dictaminado, respecto de personas que fueron contratadas a honorarios y en los que se decidió que su vinculación no estuvo regulada por el Código del Trabajo.

*Doctrina*

La Corte Suprema, al fallar el recurso de unificación, manifestó que le correspondía dilucidar la naturaleza jurídica de la vinculación existente entre la demandante y el Municipio, estableciendo al efecto que:

1) a virtud de la norma contenida en el artículo 4° de la Ley N° 18.883, los decretos mediante los cuales se contrata a personas a honorarios, en forma sucesiva, no les confieren a éstas la calidad de funcionarios públicos sujetos al Estatuto Municipal, por indicarlo en forma expresa dicho precepto legal;

2) las personas contratadas bajo la modalidad indicada deben regir su vinculación por el respectivo contrato;

3) el Código del Trabajo, de conformidad a lo previsto en su artículo 1°, no se aplica a la Administración del Estado, de la cual forman parte los Municipios conforme lo dispone el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.875, por lo que sus relaciones con el personal que presta servicios en ella se sujetan a las disposiciones del respectivo Estatuto Administrativo Municipal;

4) la afirmación que antecede se encuentra refrendada por la declaración contenida en el artículo 12 de la aludida ley orgánica, la que establece que el personal de la Administración del Estado se debe regir por las normas estatutarias que establece la ley, en las que se regulan el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones del aludido personal;

5) el Principio de Legalidad de la acción del Estado impide a los Municipios contratar personal sujeto al Código del Trabajo, fuera de los casos específicamente señalados por la ley, como es el caso de los empleados de los servicios traspasados a las Municipalidades y de los médico-cirujanos que se desempeñan en los gabinetes psicotécnicos municipales;

6) la circunstancia anotada no puede ser considerada como arbitraria, dado el imperativo legal a que se encuentran sujetos los Municipios;

7) de igual modo no puede recibir aplicación en estos casos la norma del inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo, según la cual los trabajadores de las entidades de la Administración del Estado se encuentran sujetos a las disposiciones de dicho Código en las materias no reguladas en sus respectivos estatutos, dado que el personal contratado a honorarios no tiene la calidad de funcionarios municipales.

En razón de lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema unificó la Jurisprudencia en lo relativo a la regulación que se aplica a los contratos de prestación de servicios a honorarios, celebrados entre un particular y una Municipalidad, en orden a que ellos se regulan por las normas contenidas en el propio contrato, sin que les sean aplicables ni el Estatuto Municipal ni las disposiciones del Código del Trabajo.

**Caso 3**

Por sentencia definitiva, de veintidós de junio de dos mil nueve, el Juzgado de Letras y Familia de San José de la Mariquina estableció que la demandante se desempeñó como Jefa del Departamento Administrativo de Educación Municipal de San José de la Mariquina, desde el 28 de enero de 2008 hasta el 2 de enero de 2009, sin que el empleador rindiese prueba alguna que acreditase haber comunicado a la trabajadora la causal legal, y aunque las partes firmaron un finiquito conforme al cual la trabajadora había desempeñado sus funciones solo desde el 28 de enero hasta el 30 de noviembre del 2008, se acreditó que la actora continuó prestando los mismos servicios, sin solución de continuidad, de modo que, por aplicación del principio de primacía de la realidad, la relación laboral mantuvo su calidad de indefinida, por lo que se condenó a la demandada tan solo a pagar la remuneración correspondiente al mes de diciembre del año 2008.

En contra de la referida sentencia, la parte demandada interpuso recurso de nulidad, el que se fundó en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, sosteniendo al efecto que se había infringido el artículo 177 en relación con el artículo 9° inciso final del mismo Código Laboral, el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, como asimismo el artículo 1545 del Código Civil en relación con el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, argumentando que se había restado todo poder liberatorio a un finiquito legalmente celebrado.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo del recurso de nulidad reseñado, en resolución de treinta y uno de julio del año 2009, lo rechazó, considerando que se había ponderado el universo de probanzas aportadas a la causa, concluyendo que los instrumentos probatorios, incluido el finiquito acompañado, no acreditaban el significado del término y el advenimiento de una nueva relación de trabajo, diversa a la primitivamente convenida entre las partes, estándose el tribunal de la instancia a lo verdaderamente acontecido entre ellas, como verdad histórica.

En contra de la resolución que falla dicho recurso de nulidad, la demandante dedujo recurso de unificación de jurisprudencia solicitando que la Corte Suprema lo acogiese, dejare sin efecto la sentencia recurrida y dictare una de

reemplazo acogiendo sus pretensiones, esto es, la injustificación del despido, el pago de las remuneración adeudada del mes de diciembre del 2008 más la indemnización compensatoria por infracción a la ley del contrato derivada del término anticipado de un contrato de plazo fijo y que se pagasen las prestaciones debidas.

La Cuarta Sala de la Corte Suprema acogió dicho recurso, estimando que existían distintas interpretaciones sobre una misma materia de derecho, especialmente el fallo de la misma Corte en causa rol N° 7359-08, de 26 de marzo de 2009, en el que se sostuvo que no era posible desestimar el poder liberatorio del finiquito por la concurrencia de otras circunstancias, tales como la continuidad de los servicios y el principio de la primacía de la realidad, contrariamente a como lo decidiese el fallo objeto del recurso de nulidad interpuesto.

*Doctrina*

La Corte Suprema, al fallar el recurso de unificación, manifestó que le correspondía determinar la validez o ineficacia del finiquito suscrito por las partes, respecto del cual no se ha discutido que fue extendido con las formalidades previstas en el artículo 177 del Código del Trabajo, en el que no se formuló reserva alguna por los litigantes, estableciendo al efecto que:

1) el finiquito legalmente celebrado se asimila en su fuerza a una sentencia firme o ejecutoriada y provoca el término de la relación laboral en las condiciones que en él se consignan, debiendo tal forma de dar por finalizada la relación laboral de acuerdo al artículo 177 del Código del Trabajo reunir ciertas exigencias formales, como la ratificación, y debiendo dejar constancia en él del cabal cumplimiento que cada una de las partes ha dado a las obligaciones emanadas del contrato laboral o la forma en que se dará satisfacción a ellas;

2) el finiquito, como toda convención, es vinculante para quienes concurrieron a otorgarlo, dando cuenta de la terminación de la relación laboral, esto es, a aquellos que consintieron en finalizarla en determinadas condiciones y expresaron ese asentimiento libre de todo vicio;

3) el poder liberatorio del finiquito se restringe a todo aquello en que las partes han concordado y no se extiende a los aspectos en que el consentimiento no se formó;

4) no es posible restar poder liberatorio al finiquito tomando en consideración otras circunstancias, tales como la continuidad en la prestación de los servicios o el principio de la primacía de la realidad, ni aun a pretexto de

valorar conforme a la sana crítica el conjunto de probanzas aportadas a la causa, por cuanto ello implicaría desconocer la expresa manifestación de voluntad de las partes, prestada válidamente.

En razón de lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema unificó la jurisprudencia en lo relativo al valor asignado a la convención denominada finiquito, asignándole pleno valor liberatorio, cuando éste cumpla con todas las formalidades legales y respecto a aquellos aspectos de los cuales se formó válidamente el consentimiento.

**Caso 4**

Por sentencia definitiva, de catorce de julio de dos mil nueve, el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena estableció que los actores desempeñaron funciones administrativas en la Municipalidad de Coquimbo, en forma continua y durante 16, 9 y 3 años, bajo condiciones de subordinación y dependencia, calificando el vínculo como laboral; habiendo cesado la empleadora a los demandantes sin invocar causal legal, el Tribunal concluyó que dicha decisión constituía despido injustificado, condenando a aquélla al pago de las indemnizaciones legales correspondientes, además de otros conceptos pendientes.

En contra de la referida sentencia, la parte demandada interpuso recurso de nulidad, el que se fundó en la causal del artículo 477 y, en subsidio, del artículo 478 letras c) y e) previstas en el Código del Trabajo, sosteniendo al efecto que se habían infringido los artículos 1°, 3° y 4° de la Ley N° 18.883; 1°, 7° y 177 del Código Laboral y 1545, 1546 y 1560 del Código Civil, a cuyo respecto se argumentó que se ha cometido infracción de ley, por cuanto la Municipalidad no se encontraba autorizada para contratar personal regido por el Código del Trabajo, sino que solo podía hacerlo mediante contrato de prestación de servicios a honorarios y cuyas estipulaciones son las que regulan el vinculo con dicho personal.

La Corte de Apelaciones de La Serena, conociendo del Recurso de Nulidad reseñado, en resolución de veintiséis de agosto del año en curso, lo rechazó, considerando que no se presentaban en el caso ninguna de las situaciones que comprende la infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, reforzando los razonamientos en virtud de los cuales el Juez de la instancia concluyó que las tareas realizadas por los demandantes no se encuadraban en los casos que el Estatuto del Funcionario Municipal habilita a las entidades edilicias para contratar personal a honorarios, subsumiéndose la situación de aquellos, dada la remisión de este último cuerpo legal a la normativa general laboral, en las previstas y reguladas por el Código del Trabajo.

En contra de la resolución que falla dicho recurso de nulidad, la demandada dedujo recurso de unificación de jurisprudencia solicitando que la Corte Suprema lo acogiese, dejare sin efecto la sentencia recurrida y dictare una de reemplazo.

La Cuarta Sala de la Corte Suprema acogió dicho recurso, estimando que existían distintas interpretaciones sobre una misma materia de derecho, indicando a tal efecto que la recurrente había invocado tres fallos dictados por la misma Corte, en casos similares, especto de personas que fueron contratadas a honorarios y en los que se decidió que su vinculación no estuvo regulada por el Código del Trabajo.

*Doctrina*

La Corte Suprema, al fallar el recurso de unificación, manifestó que le correspondía dilucidar la naturaleza jurídica de la vinculación existente entre la demandante y el Municipio, estableciendo al efecto que:

1) a virtud de la norma contenida en el artículo 4° de la Ley N° 18.883, los decretos mediante los cuales se contrata a personas a honorarios, en forma sucesiva, no les confieren a éstas la calidad de funcionarios públicos sujetos al Estatuto Municipal, por indicarlo en forma expresa dicho precepto legal:

2) las personas contratadas bajo la modalidad indicada deben regir su vinculación por el respectivo contrato;

3) el Código del Trabajo, de conformidad a lo previsto en su artículo 1°, no se aplica a la Administración del Estado, de la cual forman parte los Municipios conforme lo dispone el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.875, por lo que sus relaciones con el personal que presta servicios en ella se sujetan a las disposiciones del respectivo Estatuto Administrativo Municipal;

4) la afirmación que antecede, que se encuentra refrendada por la declaración contenida en el artículo 12 de la aludida ley orgánica, la que establece que el personal de la Administración del Estado se debe regir por las normas estatutarias que establece la ley, en las que se regulan el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones del aludido personal;

5) el principio de legalidad de la acción del Estado impide a los Municipios contratar personal sujeto al Código del Trabajo, fuera de los casos específicamente señalados por la ley, como es el caso de los empleados de los

servicios traspasados a las Municipalidades y de los médico-cirujanos que se desempeñan en los gabinetes psicotécnicos municipales;

6) la circunstancia anotada no puede ser considerada como arbitraria, dado el imperativo legal a que se encuentran sujetos los Municipios;

7) de igual modo no puede recibir aplicación en estos casos la norma del inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo, según la cual los trabajadores de las entidades de la Administración del Estado se encuentran sujetos a las disposiciones de dicho Código en las materias no reguladas en sus respectivos estatutos, dado que el personal contratado a honorarios no tiene la calidad de funcionarios municipales.

En razón de lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema unificó la jurisprudencia en lo relativo a la regulación que se aplica a los contratos de prestación de servicios a honorarios, celebrados entre un particular y una Municipalidad, en orden a que ellos se regulan por las normas contenidas en el propio contrato, sin que les sean aplicables ni el Estatuto Municipal ni las disposiciones del Código del Trabajo.

## Visión crítica del recurso

Un balance de las diversas aristas relacionadas con las instituciones recursivas contenidas en la Reforma Procesal laboral y, particularmente, con la incorporación del recurso de unificación de jurisprudencia al sistema procesal laboral chileno reformado, nos permite arribar a las conclusiones que enunciaremos.

Como aspectos positivos de su incorporación, en nuestra opinión, podemos destacar los siguientes:

**1. Al conferir el rol de unificar la jurisprudencia a la sala especializada de la Corte Suprema, simplifica la forma de deducirlo y beneficia la especialización, en comparación con el sistema actual del CPC.**

La Ley N° 19.374 introdujo en nuestra legislación el artículo 780 del C.P.C., el cual consagra que, luego de la interposición de un recurso de casación en el fondo, *"cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso"*.

Si bien es cierto que este precepto legal se reconoce como instrumento para lograr, en determinadas materias, la uniformidad jurisprudencial, hasta la fecha

el pleno del Tribunal Supremo no ha resuelto ninguna de las presentaciones que se han formulado, por diversos motivos, por lo que el análisis de esta figura sigue quedando en la teoría. Ello sin perjuicio del potencial de aquel instrumento unificador.

Por tanto, en nuestra opinión, es un progreso el hecho de que este recurso, de materias laborales, sea conocido por la sala especializada en lo laboral de la Corte Suprema, lo que hará más fácil y posible, por lo menos, su interposición.

**2. Al considerar a la jurisprudencia como sustentante de un recurso, tiende a elevar el papel de la misma en el cuadro de las fuentes del derecho.**

Consideramos positivo que la Corte Suprema asuma un rol decantador de un determinado tema sometido a su conocimiento. Nos parece que este principio implica que el órgano jurisdiccional inferior, al momento de interpretar la ley para resolver la controversia sometida a su conocimiento, debería considerar las decisiones anteriores establecidas por los Tribunales Superiores de Justicia, frente a casos similares, y no desatender aquel precedente, sino mediando justificación suficiente y razonable.

Es necesario tener presente que la uniformidad en los criterios jurisprudenciales, imprescindible para la coherencia de un sistema jurídico, concreta la seguridad o certeza, que es parte esencial del orden continental, así como también realiza el principio de la igualdad ante la ley.

Con ello se prestigia a la actividad jurisdiccional, puesto que no resulta consistente que las decisiones judiciales aparezcan como contradictorias o impredecibles, sin perjuicio del cambio que por razones fundadas se puede producir en la jurisprudencia. Cuando reina la dispersión, más que fuente del derecho, la jurisprudencia es fuente de confusión.[15] Estamos plenamente conscientes que este es un aspecto no pacífico y que cuenta con opiniones encontradas en el seno de la misma Corte Suprema, ya que varios de sus integrantes son partidarios de que la decisión de cada Juez debe primar en su fallo, pero nos parece que el seguimiento de los precedentes tiene indudables ventajas prácticas para el funcionamiento del sistema judicial.

Más aún, pensamos que la seguridad jurídica es un valor de altísima relevancia para el mundo del trabajo, y que es un aspecto al que no se ha dado la trascendencia que merece; así como los actores del universo laboral lamentan

[15] ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 16.

los sesgos en que a veces incurre la Jurisprudencia Administrativa, también se desconciertan ante la variedad de pareceres que ha mostrado en muchas ocasiones la Jurisprudencia Judicial en esta materia.

Entre los aspectos negativos podemos identificar los siguientes:

**1. La eliminación del recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva, restringe esencialmente la posibilidad de impugnación de los hechos establecidos en la instancia.**

La nulidad no constituye instancia, lo que impide, como ya se indicó, que la Corte de Apelaciones pueda revisar los hechos y, al estar el tribunal de la instancia compuesto por sólo un miembro, la posibilidad de error, en el establecimiento de los hechos, es muy grande. Se afecta así el principio del "debido proceso legal" (garantía constitucional), lo que se agrava, en conformidad a los antecedentes ya expuestos a lo largo de este documento, en el sentido de las limitadas facultades de que se dispone para impugnar o instar por la revisión de las resoluciones dictadas.

**2. La Corte Suprema queda supeditada a la existencia de fallos anteriores para adquirir competencia para anular por errónea aplicación del derecho.**

A lo anterior debemos agregar que una de las principales dudas acerca de la bondad del sistema impugnatorio es el irrelevante papel que se le asigna a la Corte Suprema. En efecto, tradicionalmente este Tribunal había conocido el recurso de casación en el fondo, unificando la interpretación del derecho en materia laboral; ahora, según la nueva normativa que lo regula, ella sólo tiene competencia para conocer del recurso de unificación, que en el fondo es una suerte de nulidad, condicionado sí a que existan fallos anteriores y éstos contravengan lo que determine la Corte de Apelaciones en una sentencia de nulidad.

Se suma el hecho de que, a la luz del escasísimo número de recursos acogidos, la Corte, en la práctica, se ha visto impedida de ejercer su rol, destinado a unificar la jurisprudencia, creemos justamente por la errada concepción legal del mismo.

De esta forma, será difícil preservar la coherencia y unidad de los criterios interpretativos que se observan en el quehacer de las hasta ahora 17 Cortes de Apelaciones vigentes en el país.

### 3. La regulación es insuficiente para determinar cuál es el grado de conocimiento que tiene la Corte al resolver el recurso.

De la regulación legal y la verdaderamente insuficiente historia del establecimiento de los preceptos vinculados al recurso de unificación, no queda claro si la Corte Suprema, al resolver, podría optar por una distinta interpretación de aquellas que han servido de fundamento al mismo. ¿Debe, necesariamente, optar por alguna de las interpretaciones ya existentes?

Sin duda que una definición restrictiva al respecto significaría un estancamiento y la paralización de la jurisprudencia; ello limitaría francamente el rol evolutivo que es propio de la misma.

## Conclusiones

En síntesis, el recurso en comentario tiende a unificar criterios en la aplicación de las normas jurídicas, premisa altamente positiva; sin embargo, estimamos que para su correcto funcionamiento carece de la regulación y amplitud necesarias, lo que, en consecuencia, hará que, probablemente, no logre su objetivo.

A lo anterior debemos agregar que la experiencia práctica, hasta el momento, en cuanto al número acogido de esta clase de recursos desde la vigencia de la reforma laboral no sale indemne de cuestionamientos, dada la escasa cifra de pronunciamientos de unificación.

Pareciera que la línea que pretende incorporar el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la procedencia de otras causales para invocar el llamado "recurso extraordinario" (artículo 354), puede lograr mejores resultados en el sentido que se ha venido señalando. Este comentario no podemos hacerlo extensivo a la institución del "*cerciorarti*", institución respecto de la cual tenemos algunos reparos, dada la adicional restricción que impone al conocimiento de causas de interés particular por la Corte Suprema. No podemos dejar de considerar que esta herramienta no corresponde a un sistema político-judicial equivalente al chileno, sino a un sistema federal.

El Mensaje con el cual se remitió el texto al Parlamento señaló lo siguiente: *"Finalmente, en lo que constituye el más importante cambio en materia de recursos, este Código introduce el denominado Recurso Extraordinario, el que tendrá por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente.*

*El recurso además tendrá por objeto revocar la sentencia impugnada si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales y sólo procederá en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, y que hayan sido dictadas por Cortes de Apelaciones.*

*La función de la Corte Suprema, entonces, será preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud de este recurso extraordinario, pudiendo ejercer su función de unificación cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme; la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí, no existiere jurisprudencia sobre la materia, o nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifican variar la tendencia jurisprudencial".*[16]

En anexo N° 2 se inserta el articulado propuesto en esta materia.

Por último, en un plano más amplio, pensamos que se deberá proceder a revisar los postulados de la visión estrictamente legalista de la jurisprudencia, que ha dificultado la real posición de la misma dentro de las fuentes de derecho. Los recursos procesales denominados de "unificación de jurisprudencia", el de materia penal y el laboral, pueden ser el inicio de una mayor vitalidad en el rol institucional de la Corte Suprema. Así también podrán colaborar a que su jurisprudencia sea un medio que otorgue previsibilidad a la actividad jurisdiccional, y cumpla con el papel de cautelar la garantía constitucional de la igualdad ante la ley en las decisiones judiciales, sobre todo si consideramos que actualmente el contenido de las garantías constitucionales es determinado, en su alcance, por cada juez de letras.

No debemos dejar de advertir que la reforma ha eliminado el rol de casación, propio de la Corte Suprema, y probablemente los juicios terminarán en las Cortes de Apelaciones. Nos parece oportuno finalizar recordando el aforismo que señala que "para que exista un buen derecho, más valen los buenos intérpretes que las leyes técnicamente perfectas".

[16] Mensaje del Proyecto de Ley sobre NUEVO PROCEDIMIENTO CIVIL.

## Anexo N° 1

## Legislación española

### *CAPÍTULO IV.*
### *Del recurso de casación para la unificación de doctrina*

*Artículo 216.*

*Son recurribles en casación para la unificación de doctrina las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.*

*Artículo 217.*

*El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.*

*Artículo 218.*

*El recurso podrá prepararlo cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia impugnada.*

*Artículo 219.*

*1. El recurso se preparará mediante escrito dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que dictó la sentencia de suplicación.*

*2. El escrito deberá ir firmado por abogado y expresará el propósito de la parte de formalizar el recurso con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos.*

*3. Si la sentencia de suplicación reconociera el derecho a percibir pensiones y subsidios se harán los ingresos o aportarán las certificaciones que para recurrir en suplicación exige el artículo 192 de esta Ley, en el modo que en él se establece, debiendo entenderse hechas a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia las menciones que al Juzgado se contienen en dicho precepto.*

*Artículo 220.*

*Cumplidos los requisitos para recurrir, la Sala tendrá por preparado el recurso siguiéndose los trámites establecidos en los artículos 207, 208 y 209 de la presente Ley.*

*Artículo 221.*

*1. La parte que hubiera preparado el recurso presentará ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que se le hizo el emplazamiento, el escrito de interposición del recurso. De no hacerlo así, la Sala dictará auto poniendo fin al trámite del recurso.*

*2. Salvo que se trate de abogado designado por el turno de oficio o del libremente designado por la parte después del resultado infructuoso del nombramiento de oficio, no será necesaria la entrega de los autos al abogado recurrente para que formalice el recurso, a menos que así lo pidiera éste expresamente, sin que dicha petición altere el transcurso del plazo de interposición.*

*Artículo 222.*

*El escrito de interposición del recurso deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias y con fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada, así como del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. La no aportación de la certificación de la sentencia o sentencias contrarias deberá subsanarse en el plazo de diez días, a menos que la parte acredite haberla solicitado en tiempo oportuno y no habérsele expedido, en cuyo caso la Sala Cuarta del Tribunal Supremo la reclamará de oficio.*

*Artículo 223.*

*1. Cuando la parte hubiera incumplido de manera manifiesta e insubsanable los requisitos procesales para recurrir o cuando la pretensión carezca de contenido casacional, el Magistrado ponente dará cuenta a la Sala en tres días de la causa de inadmisión existente y ésta acordará oír al recurrente sobre la inadmisión referida, audiencia que tendrá lugar dentro de igual plazo de tres días. Cuando el Ministerio Fiscal no hubiere interpuesto el recurso, se le dará traslado para que informe en el plazo de ocho días sobre la inadmisión del recurso.*

*2. Si la Sala estimase que concurre alguna de las causas de inadmisión referidas dictará en el plazo de tres días auto motivado declarando la inadmisión y la firmeza*

*de la resolución recurrida, con imposición al recurrente de las costas causadas, en los términos establecidos en esta Ley.*

*Contra dicho auto no cabe recurso alguno. El auto de inadmisión acarreará, en su caso, la pérdida del depósito constituido, dándose a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda, de acuerdo con la sentencia de suplicación.*

*3. Cuando la Sala entendiera que el recurso se interpuso con propósito dilatorio, podrá imponer además al recurrente una sanción pecuniaria que no podrá exceder de 150.000 pesetas.*

*4. Para el despacho ordinario y resolución de la inadmisión de este recurso, la Sala se constituirá con tres Magistrados.*

*Artículo 224.*

*1. De admitirse el recurso, la Sala dará traslado del escrito de interposición a la parte o partes personadas para que formalicen su impugnación dentro del plazo de diez días, que empezará a correr, cualquiera que sea el momento en que se retiren, a partir de la fecha en que se le notifique que están los autos en la Secretaría de la Sala y a su disposición.*

*2. Si el Ministerio Fiscal no fuera el recurrente, pasarán a él seguidamente los autos para que en el plazo de diez días informe sobre la procedencia o improcedencia de la casación pretendida.*

*Artículo 225.*

*1. Devueltos los autos por el Ministerio Fiscal, junto con su informe, la Sala acordará convocar, dentro de los diez días siguientes, para votación y fallo.*

*La sentencia deberá dictarse en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la celebración de la votación.*

*2. Si la trascendencia o complejidad del asunto lo aconsejara, el Presidente o la mayoría de la Sala podrá acordar que ésta se constituya con cinco Magistrados.*

*Artículo 226.*

*1. Los pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo al resolver estos recursos, en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada.*

*2. Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.*

*3. La sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir.*

*El fallo dispondrá la cancelación o el mantenimiento de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos.*

## Anexo N° 2.
## Proyecto de CPC

### *Título IV*
### *Recurso extraordinario*

***Art. 353. Objeto del Recurso.*** *El Recurso Extraordinario tiene por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. Se interpondrá directamente ante la Corte Suprema y lo fallado por ella será irrecurrible. El recurso además tendrá por objeto revocar la sentencia impugnada si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales.*

***Art. 354. Unificación de la Jurisprudencia.*** *La función de la Corte Suprema es preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud del recurso extraordinario. En consecuencia, ejercerá su función de unificación cuando:*

*a) La sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme.*
*b) La jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí.*
*c) No existiere jurisprudencia sobre la materia.*
*d) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial.*

***Art. 355. Sentencias recurribles.*** *El recurso sólo procederá en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones.*

***Art. 356. Plazo y Forma de Interposición.*** *El recurso deberá interponerse por escrito dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia dictada por el tribunal inferior. En su escrito el recurrente expresará en forma fundada en qué consiste la injusticia notoria, cuál es el interés público del caso y los motivos que justifican que la Corte Suprema deba avocarse al conocimiento del asunto, ya sea por la necesidad de unificación de jurisprudencia o por la vulneración de garantías constitucionales.*

*Deberá acompañarse siempre una copia de la sentencia recurrida y una certificación del tribunal inferior en que conste la fecha de notificación al recurrente del fallo impugnado. El recurrente podrá acompañar a su recurso además un informe en jurisprudencia.*

***Art. 357. Efectos del recurso.*** *La interposición del recurso no suspende los efectos de la sentencia recurrida, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso. En este caso el Tribunal se pronunciará a petición de parte y fundadamente, acerca de la suspensión del cumplimiento del fallo y/o de sus efectos.*

*La Corte Suprema podrá decretar orden de no innovar, de plano o previo traslado al recurrido que hubiere comparecido ante ella.*

***Art.358. Control de admisibilidad.*** *La Corte Suprema declarará admisible el recurso cuando estime que se cumplen los requisitos formales. Si estimare que no se cumplen lo señalará fundadamente en la resolución que rechace la tramitación del recurso, teniendo el recurrente el plazo de cinco días para subsanar dichos defectos. Admitido a tramitación el recurso, el recurrido tendrá el plazo de 10 días para hacer valer las razones por las cuales estima procedente que la Corte Suprema no se avoque al conocimiento del asunto.*

***Art. 359. Certiorari.*** *Con todo, la Corte Suprema seleccionará para su conocimiento sólo aquellos casos que, cumpliendo con los requisitos anteriores, revistan interés público a juicio de a lo menos tres de sus ministros.*

***Art. 360. Vista del Recurso.*** *Una vez admitido a tramitación y favorablemente seleccionado el caso, la Corte Suprema ordenará sin más trámite el decreto autos en relación para su vista en la Sala respectiva.*

*Extraordinariamente, a petición de parte, la Corte Suprema podrá ordenar que el recurso sea conocido por el Pleno, cuando se justificare por la relevancia que tenga la resolución del mismo atendida la trascendencia jurídica del asunto.*

***Art. 361. Fallo del recurso.*** *La Corte Suprema, actuando en Sala o en Pleno según el caso, deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado su vista.*

*En la sentencia, sea que acogiere o no el recurso, el tribunal deberá exponer los fundamentos que sirvieren de base a la selección del caso, las razones para proceder a la unificación de la jurisprudencia en su caso, así como la decisión definitiva del asunto.*

*Finalmente, ordenará lo que estime procedente en derecho para subsanar la injusticia notoria en que se hubiere incurrido.*

***Art. 362. Publicación de las sentencias.*** *Las sentencias que fallen un recurso extraordinario deberán todas ser publicadas en la página web del Poder Judicial, conteniendo especialmente un extracto de la doctrina jurisprudencial que se haya establecido con motivo del fallo.*

*La publicación deberá además señalar nominativamente qué Ministros fueron los redactores de los votos de mayoría, de minoría y quiénes solamente concurrieron a la vista y acuerdo, sin haber intervenido en la redacción.*

# El recurso de casación en materia tributaria

**Christian Blanche Reyes***
Abogado

## 1. Introducción

El recurso de casación cumple una función de la mayor importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que tiene por misión fundamental propender a la uniformidad de la jurisprudencia, mediante la debida y correcta interpretación y aplicación de la ley.

Como lo ha señalado el profesor don Enrique Paillás: "La casación, que quiere decir "nulidad" en sentido técnico jurídico, busca la correcta interpretación y aplicación de la ley y contribuye a unificar la jurisprudencia y asegurar la igualdad ante la ley". "El más alto tribunal no juzga el litigio sino la sentencia, y declara el derecho, interpreta la ley y busca que se le dé la debida aplicación al proceso. Su jurisprudencia da un pensamiento único que orienta e instruye. En esta forma la técnica de la casación es un instrumento de justicia".[1]

En el derecho procesal tributario y aduanero existe una deuda histórica con la "justicia", la cual recién se comenzará a pagar en cuotas, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.322,[2] ya que tiene una vigencia gradual de 4 años, para su aplicación en el territorio nacional. En efecto, a contar del 1 de febrero del año 2010, por primera vez, contaremos con verdaderos tribunales tributarios y aduaneros en la primera instancia, en la XV Región de Arica y Parinacota,

* Profesor Universidad Católica. Miembro del Comité Tributario del Colegio de Abogados. Miembro Titular del Consejo Consultivo del Servicio de Impuestos Internos

[1] Enrique Paillás, *El Recurso de Casación*, Tomo I, Editorial Jurídica Cono Sur Limitada, Exordio.

[2] Con fecha 27 de enero del año 2009, se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.322, que contiene la anhelada reforma procesal tributaria, denominada "Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera".

I Región de Tarapacá, II Región de Antofagasta y III Región de Atacama.[3] Además, por primera vez, contaremos con salas especializadas en materia tributaria y aduanera, en las Cortes de Apelaciones del país.

En efecto, la falta de imparcialidad del denominado juez tributario, quien depende directamente de una de las partes,[4] y la falta de especialización de las Cortes de Apelaciones, han generado una jurisprudencia tributaria muy fiscalista, la cual pocas veces ha sido revisada por la Corte Suprema, debido a las restricciones legales que existen para que se admitan a tramitación los recursos de casación en materia tributaria.

Como la ley otorga al Servicio de Impuestos Internos la facultad de interpretar la legislación tributaria, esta interpretación se fue convirtiendo en el criterio uniformador de la jurisprudencia, con salvadas excepciones. En efecto, si bien la jurisprudencia administrativa solo es obligatoria para los funcionarios de la administración tributaria, en la práctica, la mayoría de las veces, constituye la base del fallo de primera instancia, en virtud de la obligación que tienen los funcionarios del Servicio que resuelven las controversias judiciales de fallar conforme con dichas instrucciones. Asimismo, al no existir salas especializadas en la Corte de Apelaciones, la mayoría de las veces el tribunal de alzada confirma el fallo del tribunal a quo, sin expresar mayor fundamento que: "Se confirma la sentencia apelada". Finalmente, como en el actual procedimiento es bastante restringida la posibilidad de interponer un recurso de casación, la interpretación administrativa ha ido uniformando la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Por esta razón, irónicamente se suele conocer la interpretación administrativa como "Circulares con Fuerza de Ley".

Sin embargo, debemos reconocer que existen importantes fallos de las distintas Cortes de Apelaciones, en materia impositiva, que haciendo un profundo análisis jurídico tributario confirman o rechazan la sentencia de primera instancia. Lo mismo sucede, más recurrentemente, con la resolución de las casaciones en la Corte Suprema. Siendo, a mi juicio, un caso muy representativo el de Inmobiliaria Bahía S.A. con Servicio de Impuestos Internos.[5]

[3] El 1 de febrero del año 2011 entra en vigencia la reforma procesal tributaria en la IV Región de Coquimbo, VII Región del Maule, IX Región de la Araucanía y XII Región de Magallanes y Antártica Chilena; el 1 de febrero de 2012 entra en vigencia en la VIII Región del Bío-Bío, XIV Región de Los Lagos, y XI Región de Aysén del General Campos Ibáñez del Campo; y el 1 de febrero de 2013, entra en vigencia en la V Región de Valparaíso, VI Región del Libertador Bernardo O´Higgins y en la Región Metropolitana.

[4] Me refiero al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, sin considerar la función de resolver los conflictos, que cumplió durante más de 15 años su delegado y que finalmente se tradujo en la derogación del artículo 116 del Código Tributario, por parte del Tribunal Constitucional.

[5] Fallo de la Corte Suprema, de fecha 28 de enero del año 2003, resolviendo un recurso de casación en el fondo, Rol 4038/01.

## 2. La casación antes de la reforma

### 2.1. Normativa aplicable

2.1.1. Disposiciones especiales del Código Tributario.

El artículo 140 del Código Tributario establece que en contra de la sentencia de primera instancia no procederá el recurso de casación en la forma ni su anulación de oficio. Los vicios en que se hubiera incurrido deberán ser corregidos por el tribunal de apelaciones que corresponda.

El artículo 165 N° 5 inciso final establece que no procederá el recurso de casación en contra de la sentencia de segunda instancia, en el procedimiento especial para la aplicación de sanciones.

El artículo 122 del Código del Ramo establece que la Corte Suprema conocerá de los recursos de casación, en la forma y en el fondo, que se deduzcan contra las sentencias de segunda instancia dictadas por las Cortes de Apelaciones, en los casos en que ellos sean procedentes de conformidad con las normas comunes que establece el Código de Procedimiento Civil al respecto y las normas especiales que establece la norma procesal tributaria.[6]

Las disposiciones legales especiales a que se refiere el artículo 122 del Código Tributario son las siguientes:

a) El artículo 145 del texto legal, que establece que tanto el reclamante como el Fisco podrán interponer los recursos de casación en contra de los fallos de segunda instancia, los cuales se regirán por las reglas contenidas en el Título XIX del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil.

Cabe destacar que el inciso final del artículo 145 en análisis establece una "causal tributaria" para interponer el recurso de casación en la forma: "...la omisión en el fallo de segunda instancia de consideraciones sobre el informe que señala el inciso 2° del artículo 135".

El inciso 2° del artículo 135 se refiere al informe relativo a la reclamación, que debe emitir el juez tributario para el caso que haya transcurrido el plazo para fallar, luego de haberse efectuado el debido requerimiento, por parte

[6] Cabe señalar que conforme con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 766 del Código de Procedimiento Civil, no procede el recurso de casación respecto de las sentencias que se dicten en las reclamaciones de avalúos que se practiquen en conformidad a la Ley 17.235, sobre Impuesto Territorial.

del contribuyente, y por tanto darse por rechazada la reclamación. En este evento, constituye "causal tributaria" del recurso de casación en la forma el hecho de que la sentencia de segunda instancia, conociendo de un recurso de apelación, no haya tomado en cuenta dicho informe, en los considerandos que fundamentan dicha sentencia.

b) El artículo 147 del Código Tributario, que se refiere a la suspensión, total o parcial, del cobro de impuestos, cuando así lo solicite el contribuyente que ha interpuesto un recurso de casación, previo informe del Servicio de Tesorerías. La Corte Suprema podrá decretar la suspensión por un plazo determinado y renovable.

En todo caso, cabe destacar que la suspensión no es aplicable respecto de los impuestos sujetos a retención, ni aquellos que por ley deban ser materia de recargo en los cobros o ingresos de un contribuyente, en la parte que efectivamente se hubiera retenido o recargado.[7]

2.1.2. Disposiciones comunes del Código de Procedimiento Civil.

Conforme con lo prescrito en el inciso 2° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el inciso segundo del artículo 766 del mismo texto legal, en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales (como es el caso de los juicios tributarios), el recurso de casación en la forma no puede fundarse:

a) En haberse pronunciado la sentencia con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170, con la sola salvedad de haberse omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido; y

b) En haber faltado a algún trámite o diligencias declaradas esenciales por la ley o cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

Dentro de los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, cabe destacar las consideraciones de hecho y de derecho que sirvan de fundamento a la sentencia (N° 4) y la enunciación de las leyes, y en su defecto los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo (N° 5).

Dentro de los trámites o diligencias declarados esenciales, en la primera instancia, que señala el artículo 795 del texto legal antes citado, cabe destacar el

[7] Estamos de acuerdo que en estos casos no proceda la suspensión de cobro, ya que de estimarse que no existe hecho gravado, simplemente el substituto no debió hacer retención alguna.

emplazamiento de las partes en la forma prevista en la ley (N° 1), el recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con acuerdo a la ley (N° 3), y la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión (N° 4).

Dentro de los trámites o diligencias declarados esenciales, en la segunda instancia, que señala el artículo 800 del Código de Procedimiento Civil, cabe destacar la fijación de la causa en tabla para su vista en los tribunales colegiados, en la forma establecida en el artículo 163.

### 2.2. Críticas a las restricciones legales existentes

2.2.1. El recurso de casación en la forma no puede fundarse en la ausencia de consideraciones de hecho o de derecho, que sirven de fundamento a la sentencia.

Esta restricción legal en la aplicación del recurso de casación en materia tributaria, ha ayudado a que las sentencias de segunda instancia no contengan mayor fundamento, lo que, como ya dijimos, ha empobrecido la jurisprudencia judicial y consolidado la jurisprudencia administrativa en numerosas materias tributarias.

Como ha señalado el profesor don Miguel Massone Parodi; "Esta exclusión nos parece particularmente grave, atendida la importancia de las materias envueltas en un juicio tributario y la cuantía que ellas puedan alcanzar".

Luego agrega el profesor Massone: "No nos parece aceptable que la sentencia dictada por un juez o tribunal, que no cumpla con el requisito que estamos comentando, deba subsistir, sin que exista una vía para impugnarla por un defecto tanto o más grave que la falta de decisión del asunto controvertido. La falta de fundamentos es sinónimo de arbitrariedad y de ausencia de justicia; en verdad, si no tiene fundamentos, la sentencia pierde todo su sentido y razón de ser".[8]

Por lo demás, ello atenta contra los principios formativos del procedimiento y del debido proceso. En este sentido, es inaceptable que los Tribunales de Justicia que conozcan de los recursos de apelación no tengan al menos consideraciones de fondo respecto del tema que se está conociendo, pasando a llevar los derechos del contribuyente y afirmando cada vez más la arbitrariedad y unilateralidad del sistema tributario existente.

[8] Pedro Massone Parodi, *Tribunales y Procedimientos Tributarios*, LegalPublishing, año 2009, página 156.

2.2.2. El recurso de casación en la forma no puede fundarse en no haberse recibido la causa a prueba.

Esta restricción legal se ha visto reforzada con la interpretación que ha hecho la Corte Suprema, basada en la redacción del actual inciso primero del artículo 132 del Código Tributario, que establece que el Director Regional, de oficio o a petición de parte, "podrá" recibir la causa a prueba, si estima que hay o pueda haber controversia sobre algún hecho sustancial y pertinente, señalando los puntos sobre los cuales ella deberá recaer y determinar la forma y plazo en que la testimonial debe rendirse.

En efecto, la Corte Suprema ha interpretado que es facultativo para el Director Regional recibir la causa a prueba y por tanto no es susceptible de casación en la forma la sentencia que se ha dictado con esta omisión. Al igual que en el caso anterior, estamos frente a una restricción que conlleva una tremenda injusticia para el reclamante que no se puede defender, en la medida que el juez tributario decida arbitrariamente no recibir la causa a prueba, vulnerando el debido proceso y generando indefensión y arbitrariedad jurídica.

### 2.3. Críticas a las restricciones interpretativas existentes

Cabe destacar que la aplicación del recurso de casación también ha estado sujeta a restricciones no contempladas expresamente en la ley, y que a nuestro juicio han sido consecuencia de una interpretación procesal tributaria a favor del Fisco, cuestión que, como ya hemos mencionado anteriormente, está implícita en la mayoría de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia. Nos referimos específicamente a dos casos: el plazo para interponer el recurso de casación en materia tributaria y el no haber probado el Servicio de Impuestos Internos la imputación realizada al reclamante.

2.3.1. Plazo para interponer el recurso de casación.

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 770 del Código de Procedimiento Civil, el plazo para interponer el recurso de casación es de 15 días hábiles. Sin embargo, por una interpretación de la Corte Suprema, a contar del año 1999, se aplica el plazo de 15 días corridos, cuestión que se traduce en que menos causas tributarias son conocidas por el tribunal de casación, y tácitamente se consolidan las interpretaciones administrativas, sustentadas en los fallos recurridos por los contribuyentes.[9]

[9] A modo de ejemplo, podemos citar el fallo de la Corte Suprema, Rol número 844-2001, Compañía Refinería Azúcar Viña del Mar con el Servicio de Impuestos Internos Santiago Oriente.

La base legal de esta interpretación se fundamenta en el hecho de que en la segunda instancia representan al Fisco los abogados del Consejo de Defensa del Estado, debiendo aplicarse el artículo 50 del DFL N° 1 del año 1993, que permite aplicar al plazo la tabla de emplazamiento a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, hasta un plazo máximo total de 30 días, cuando el tribunal que haya pronunciado la resolución recurrida tenga su asiento en la comuna o agrupación de comunas diversa de aquella en que funciona el que haya de conocer el recurso. Lo anterior, a juicio de la Corte Suprema, hace que el plazo para interponer el recurso sea de carácter especial, propio e independiente del fijado por el Código de Procedimiento Civil, por lo que no es aplicable el artículo 66 de dicho texto legal, siendo aplicables las reglas comunes del derecho civil, a que se refiere el artículo 50, esto es, días corridos.

Esta interpretación efectuada por la Corte Suprema ha sido rechazada por numerosos autores, entre ellos por el profesor don Abundio Pérez Rodrigo, de la Universidad de Concepción, quien ha señalado al respecto: "Nos parece totalmente desacertada la interpretación por las siguientes razones:

a) El artículo 50 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado pretendió otorgarle un plazo mayor por el modus operandi de dicho Consejo y porque los abogados encargados de defender el interés fiscal, en los recursos de casación, no eran los mismos que lo habían hecho en las instancias y, por lo tanto, desconocían el asunto. Con la interpretación de la Excma. Corte Suprema, el plazo para interponer el recurso de casación será inferior al señalado en el C.P.C.

b) El artículo 50 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado comienza diciendo: "El plazo contemplado en el artículo 170 del C.P.C... y este plazo es de días hábiles. Luego, también de días hábiles será el de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado".[10]

2.3.2. El recurso de casación en la forma no puede fundarse en no haber probado el Servicio de Impuestos Internos la imputación realizada al reclamante.

Esta interpretación ha sido sostenida por la Corte Suprema sobre la base de lo prescrito en el inciso 1° del artículo 21 del Código Tributario, que señala que corresponde al contribuyente probar "con" los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la Ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del impuesto.

[10] *Manual de Código Tributario*, Abundio Pérez Rodrigo, Colección de Manuales, Universidad de Concepción, Editorial LexisNexis.

En efecto, de acuerdo con la Corte Suprema, los hechos son establecidos por los jueces de fondo y no pueden ser modificados por la vía del recurso de casación, salvo que se hayan violado las leyes reguladoras de la prueba, esto es, de aquellos que establezcan parámetros legales determinados o fijos de apreciación de su mérito, es decir, que obliguen a los jueces a valorar los antecedentes probatorios en un cierto sentido. Y como el artículo 21 del Código Tributario no es una norma valoradora de la prueba, de la naturaleza antes dicha, ya que se refiere a la carga de la prueba en materia tributaria, haciéndola recaer, siempre y en las dos etapas de la reclamación, esto es, la administrativa y la judicial, en el contribuyente, no procede el recurso de casación.[11]

Nuevamente, es claro el criterio en favor del Fisco que ha tenido nuestro tribunal de casación, no aplicándose en el caso concreto la disposición de carácter general del artículo 1698 del Código Civil, que establece que la carga de la prueba le corresponde al que alega la existencia de un derecho, como lo es el cobro de un impuesto. Esta interpretación también ha ayudado a la falta de justicia en materia tributaria.

En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor Carlos Vergara, quien ha señalado al respecto que:

"Esta parte disiente de tal interpretación, por las siguientes razones:

i) La norma dice: "Corresponderá al contribuyente probar con...", esto quiere decir que el contribuyente, cuando deba probar, lo hará con los medios que señala la ley, es decir, documentos, libros de contabilidad y otros medios que la ley establezca, es decir, la norma establece los medios probatorios de que el contribuyente debe valerse, es decir, estamos frente a una norma reguladora de la prueba, pero que no está referida al *onus probandi* (carga o peso de la prueba), sino que se aboca a la enumeración genérica de los elementos probatorios de que el contribuyente debe valerse.

ii) Conforme con lo anterior, la disposición señala con qué medios debe probar el contribuyente, más no dice que la carga de la prueba recaiga en el contribuyente.

iii) La doctrina y jurisprudencia leen el artículo en forma parcial, pues se valen de la parte que dice: "Corresponde al contribuyente probar...", sin considerar que la norma señala: "corresponde probar con...".

[11] A modo de ejemplo podemos citar el fallo de la Corte Suprema, de fecha 23 de junio del año 2005, rol número 2.262-2004.

iv) A juicio del autor, la norma señala con qué elementos le corresponde probar al contribuyente, mas no dice que el *onus probandi* recae en él, por ello, de conformidad al artículo 2° del DL 830, nos remitimos al Derecho Común, y en especial, al artículo 1698, el cual establece, en su inciso segundo, que incumbe probar la existencia de la obligación o su extinción al que lo alega".[12]

Entendemos que el criterio sostenido por la Corte Suprema debería cambiar, del momento que el Servicio de Impuestos Internos pasará a ser parte en el juicio tributario.[13]

## 3. La casación después de la reforma

### 3.1. Los cambios que vienen

En general se mantienen las mismas disposiciones antes comentadas, ya que en materia de casación no hay mayores innovaciones, producto de la reforma procesal tributaria que introduce la Ley 20.322.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos comentar las siguientes situaciones especiales:

3.1.1. Se modifica en el artículo 145 del Código Tributario la referencia que se hace a que el Fisco puede interponer el recurso de casación, en el sentido que lo puede interponer además del reclamante el Servicio de Impuestos Internos. Ya que con la reforma, las causas tributarias en los Tribunales Superiores de Justicia serán defendidas directamente por los abogados del Servicio de Impuestos Internos y no por los abogados del Consejo de Defensa del Estado, como sucede hoy en día.

3.1.2. Se elimina como "causal tributaria" de casación de forma el hecho de haberse omitido en el fallo de segunda instancia el informe a que se refiere el artículo 135 inciso segundo del mismo texto legal, ya que dicho artículo se deroga.

3.1.3. Si bien se modifica el artículo 132 del Código Tributario (inciso segundo), estableciéndose que es obligatorio recibir la causa a prueba, si hubiere

[12] Carlos Vergara Wistuba, *Manual de Derecho Tributario*, Editorial Librotecnia, año 2009, páginas 159 y 160.

[13] El nuevo artículo 117 del Código Tributario señala expresamente que el Servicio de Impuestos Internos tendrá la calidad de parte, para todos los efectos legales.

controversia sobre algún hecho sustancial y pertinente, no debería cambiar el criterio de la Corte Suprema de rechazar los recursos de casación fundados en esta omisión, ya que la ley expresamente señala que en los juicios especiales no procede la casación en la forma, por la causal contemplada en el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil.

3.1.4. Como consecuencia del cambio que establece la reforma procesal tributaria, en relación con el sistema de apreciación de la prueba, desde la prueba legal o tasada al sistema de la sana crítica, que consagra el inciso 14 del nuevo artículo 132 del Código Tributario, existe una razonable incertidumbre en cuanto a la aplicación del recurso de casación en el fondo.

En efecto, tradicionalmente, la Corte Suprema ha considerado que los elementos integrantes de la sana crítica no son normas reguladoras de la prueba, sino que cuestiones de hecho y, por ende, no pueden ser susceptibles de casación en el fondo. Sin embargo, recientemente ha admitido el recurso de casación en el fondo en virtud de infracción a las reglas de la sana crítica.[14]

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que nuestro sistema procesal tributario ha establecido una especie de sana crítica atenuada, puesto que los actos o contratos solemnes solo podrán ser acreditados por medio de la solemnidad prevista por la ley y en aquellos casos en que la ley requiera probar mediante contabilidad fidedigna, el juez deberá ponderar preferentemente dicha contabilidad.

3.1.5. Conforme con lo prescrito en el nuevo artículo 144 del Código Tributario, los fallos pronunciados por el tribunal tributario deberán ser fundados, y la omisión de este requisito, así como los establecidos en el inciso 14 del artículo 132 (apreciación de la prueba de acuerdo con la sana crítica), será corregida conforme con lo establecido en el artículo 140 del Código Tributario, esto es, por el tribunal de apelaciones correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, como ya hemos mencionado, si el tribunal de alzada no corrige estas omisiones, no procede el recurso de casación en la forma y la procedencia del recurso de casación en el fondo dependerá del criterio de la Corte Suprema.

3.1.6. Finalmente, cabe señalar que ha surgido una polémica en relación con la procedencia del recurso de casación en contra de la sentencia de segunda instancia que dicte la Corte de Apelaciones, en el nuevo procedimiento general

[14] Fallos Corte Suprema Roles números: 1° 4462-2006 (Causa casación laboral. "Jorge Ronny Mauricio Berríos Muñoz con Coexpan Chile S.A"); 2° 811-2008 (Causa casación en el fondo Crimen seguido contra "Manuel Benedicto Martínez Martínez y otros").

de reclamos por vulneración de derechos, que incorpora al Código Tributario, el artículo 2° números 43, 44, 45 y 46 de la Ley 20.322.

En efecto, el nuevo artículo 157 del Código Tributario señala que este procedimiento especial se regirá, en cuanto a la naturaleza de la tramitación lo permita, por las demás normas contenidas en el Título II del Libro Tercero, que se refiere al procedimiento general de reclamos, dentro de cuyas normas se encuentra el artículo 145, que establece la procedencia del recurso de casación en la forma y en el fondo, en contra de las sentencias de segunda instancia.

Los profesores señores Rodrigo Ugalde, Jaime García y Alfredo Ugarte han sostenido al respecto que: "...atendido a que la remisión a la normativa del procedimiento general de reclamaciones resulta procedente sólo si la naturaleza de la tramitación lo permite, este problema debe resolverse atendiendo a la naturaleza, finalidades y estructura del procedimiento de que se trata. En efecto, aquí nos encontramos frente a un procedimiento cautelar de garantías constitucionales, totalmente diverso en cuanto a su naturaleza y finalidades al procedimiento general de reclamaciones. Lo que aquí se denuncia es una infracción al orden constitucional y lo que se busca es que las cosas vuelvan a su cauce normal, esto es, que se respeten las garantías constitucionales vulneradas, que se restablezca el derecho. Ello nada tiene que ver con la esfera propia de los juicios en que proceden los recursos de casación, esto es: a) Reclamaciones en las que se discuten situaciones tributarias de fondo, como la procedencia de los gastos, costos, créditos fiscales o la justificación de desembolsos o inversiones, como es el procedimiento general de reclamaciones; b) Reclamaciones tributarias en las que se discute sobre delitos tributarios, como es el procedimiento general sobre aplicación de sanciones. Estos son los campos propios de la "infracción de ley". De acuerdo a ello no cabría la interposición de los recursos de casación en este procedimiento especial, porque la finalidad que persigue la acción que analizamos es sustancialmente diferente a la de tales procedimientos de reclamaciones. En ellos se declara por el sentenciador si una liquidación de impuestos se ajusta al derecho tributario de fondo o si está configurado un delito tributario. En cambio, aquí se busca que el tribunal tributario y aduanero ordene "restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante", en caso de comprobarse la vulneración (infracción) de los derechos constitucionales que ampara esta acción. O sea, aquí nos encontramos con un procedimiento de tutela de garantías constitucionales que tiene una naturaleza similar a la del recurso de amparo o de protección, respecto de cuyas sentencias no procede el recurso de casación".[15]

Estamos de acuerdo con esta interpretación.

[15] Cabe señalar que el nuevo artículo 155 inciso final del Código Tributario establece que interpues-

## 4. Conclusiones

4.1. La restricción legal que existe, en cuanto a la no aplicación del recurso de casación en la forma, en los casos contemplados en el N° 5 y N° 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, con la sola salvedad de que la sentencia haya omitido la decisión del asunto controvertido, genera una situación de injusticia la que no ha sido enmendada por la reforma procesal tributaria.

4.2. Sin perjuicio de las restricciones legales anteriores, la Corte Suprema ha restringido aun más la aplicación de los recursos de casación, mediante la interpretación que ha efectuado acerca de la forma de computarse el plazo para su interposición y en cuanto a que el Servicio no debe probar las imputaciones que efectúa al contribuyente.

4.3. Todo lo anterior, sumado a la falta de independencia de los tribunales de primera instancia y la falta de especialización de las Cortes de Apelaciones, ha implicado en la práctica que la interpretación administrativa ha pasado a constituir el criterio uniformador de la jurisprudencia en materia tributaria, con contadas excepciones.

4.4. Esperamos que los tribunales tributarios y aduaneros de primera instancia y las salas especializadas de las Cortes de Apelaciones den origen a una nueva tendencia jurisprudencial, donde prevalezca la correcta y genuina interpretación de las normas tributarias y se permita la debida defensa del contribuyente. Este es el gran desafío que tenemos por delante, ya que de ello depende el éxito de la reforma procesal tributaria.

ta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución, no se podrá recurrir de conformidad a las normas del párrafo 2 del Título III del Libro Tercero del Código Tributario, que trata el procedimiento especial de reclamo por vulneración de los derechos. A este respecto, el Tribunal Constitucional, haciendo un control preventivo y obligatorio del proyecto de ley, ha señalado que, la palabra "interpuesta" es constitucional, en el sentido de que la improcedencia de las acciones a que dichos preceptos se refieren solo tienen lugar desde que la Corte de Apelaciones respectiva declare inadmisible el recurso de protección deducido.

# Eficiencia administrativa, obligación legal incumplida

**Hugo C. Álvarez Cárcamo**
Magister en Derecho (LLM Executive UDD)
Diplomado en Derecho Administrativo Económico PUC

## Introducción

Desde el último tercio del siglo pasado, específicamente desde fines de la década de los 60, la llamada gestión moderna fue realizando giros sustanciales en cuanto a procedimientos en general, especialmente administrativos y económicos, lo que el prestigioso pensador y escritor Peter Drucker llamó la "súbita transformación",[1] donde la sociedad se reestructura a sí misma, cambia su visión del mundo, sus valores, incluso a veces sus estructuras políticas y sociales. Tanto es así, que me atrevo a decir que el cambio o la transformación cada vez es más súbita, con plazos muy cortos, donde no somos capaces de aquilatar el cambio, cuando ya estamos cambiando nuevamente, vale decir, es una transformación dinámica y permanente.

En este sentido el derecho no puede estar ajeno a estas súbitas transformaciones, especialmente cuando van mutando los valores que la sociedad considera importantes en un momento del tiempo determinado, toda vez que son las normas jurídicas en general las que llevan incorporadas a ellas los valores sociales.

Lo anterior no es fácil, porque la respuesta a los cambios sociales que puede dar el proceso legislativo dista mucho de poder contar con el dinamismo que conllevan los cambios sociales y administrativos, generalmente la normativa jurídica con respecto al ente social, va más atrás y en algunos casos muy atrás.

[1] DRUCKER, PETER, *La sociedad post-capitalista*, Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires, primera edición, 1993, p. 9.

Lo mismo pasa con la Administración del Estado, que debiera estar permanentemente reevaluando su rol dentro de la sociedad, especialmente en la aplicación práctica del principio de subsidiariedad, para reenfocar sus políticas económicas y sociales, y poder identificar el verdadero papel que debe asumir en busca del bien común, lo anterior guiado por los otros poderes del Estado, debiendo asumir esta tarea en conjunto y especialmente coordinados, para que el rediseño sea equilibrado. Lamentablemente, para estos cambios no siempre existe la voluntad política y social, porque hay otro factor que juega un rol gravitante, el poder.

La Administración, por su parte, debiera estar permanentemente preocupada de proporcionar el conjunto mínimo de normas y reglas, en la búsqueda de asegurar una estructura social-administrativa y dotar a ella de las herramientas regulatorias básicas, usando como instrumento a la norma jurídica regulatoria, que le permita a los entes sociales mantener y desarrollar sus respectivas áreas dentro del marco de la economía de libre mercado.

Para esto, nuestra legislación debiera someterse a una permanente readecuación que le permita ir a la misma velocidad que las transformaciones que sufre este ente social, pero no completamente solo, sino que manteniendo una guía de valores básicos mínimos, que le permita a la sociedad mantenerse, a su vez, dentro de los cánones de valores éticamente aceptados, evitando de esta manera derivar en transformaciones sociales no tan apreciadas por el conjunto.

## El derecho y la súbita transformación

Cuando se busca la relación entre la Constitución, el derecho económico y el derecho administrativo económico, necesariamente debemos remitirnos a la relación que existe entre la política, la economía y el derecho, donde todas interactúan permanentemente. Así, nuestra normativa legal, partiendo por la Constitución Política de la República y en general las otras normas de carácter general y abstracto referidas a estos temas, debe ser capaz de regular los aspectos más esenciales de cada una de las esferas consideradas, coordinando sus esfuerzos, precaviendo y evitando sus conflictos, evitando abusos y arbitrariedades de los actores involucrados y al igual que el sistema jurídico en general, debe ser capaz de regular todas las conductas sociales y técnicas imaginables, que deban llevarse a cabo en el ámbito social y económico, en un momento del tiempo.

Esto último es relevante, porque en materias económicas y en materias en general de mercados regulados, la participación de los mercados y de los particulares juega un rol significativo, permite la dinámica necesaria, capaz de producir los constantes cambios requeridos, para que así las condiciones se

HEMEROTECA

tornen esencialmente mutables, creándose nuevos mecanismos, mejorando y haciendo eficientes los procedimientos existentes.

Lo anterior debe verse en todos los ámbitos, especialmente en lo referido a la inversión, tendiente a lograr un incentivo atractivo para capitales nacionales y extranjeros, como también a las exigencias medioambientales, a la incorporación de criterios de renovación tecnológica, a la participación ciudadana, que hagan más eficientes y limpios muchos procesos, como por ejemplo la incorporación de energías limpias a la matriz energética nacional, todo lo anterior para lograr un mayor desarrollo económico, que genere un mejoramiento en la calidad de vida de todo el ente social participante en el proceso.

En general la idea es mantener la relación entre los particulares y el ámbito público, lo que va autocreando el derecho administrativo económico, en perfecto equilibrio, según las necesidades de negocios de los mercados, de quienes participan en ellos, y de la Administración en la búsqueda del cumplimiento del mandato constitucional de promover el bien común y de *"contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*,[2-3] potenciándose los unos con los otros y produciendo la sinergia necesaria para el bienestar social, político y económico que se requiere.

## La inversión, la participación ciudadana y el medio ambiente

A continuación, analizaremos como la súbita transformación se ha ido incorporando al derecho a través de instituciones reguladas y veremos si tanto el legislador como la Administración del Estado han sido capaces de cumplir el mandato legal, incorporado en nuestra legislación, de tender a la eficiencia, dejando atrás la burocracia. Como no podemos analizar toda la normativa administrativa existente, nos concentraremos en el concepto de participación ciudadana y la legislación medioambiental.

[2] *Constitución Política de la República*, capítulo I, Bases de la Institucionalidad, Artículo 1°, inciso 4°.

[3] Esto va íntimamente relacionado con el mejoramiento de la calidad de vida de las personas integrantes del ente social, y en forma empírica podemos decir que dependerá exclusivamente de los participantes; el Estado debe crear las condiciones, pero solo así podremos ser testigos de cómo las personas que realmente tienen la *"voluntad"* de mejorar lo logran, muchas veces reinventándose, pidiendo ayuda, pero en ningún caso esperando que súbitamente o por generación espontánea les llegue esa ayuda; personas con esa filosofía no serán capaces de vencer la línea de la pobreza, luego siempre será mejor enseñar él CÓMO HACER, que el simplemente dar.

La participación ciudadana, como parte integrante del SEIA,[4] es un elemento de la esencia de los sistemas democráticos, que en los últimos años ha ido ganando terreno en nuestra legislación interna nacional, incorporándose como un derecho, que si bien plasmado en nuestra Constitución Política de la República de 1980, se ha ido derivando a otras normas con el firme espíritu de fortalecer y construir herramientas eficientes que permitan la interacción entre la sociedad toda y el poder establecido, generando una discusión y por ende una participación activa de las personas en las decisiones públicas, logrando una mayor legitimidad en las decisiones que adoptan las diferentes autoridades, especialmente sobre temas que tendrán una consecuencia directa en el bienestar de las personas.

Este sistema no sólo se ha implementado en la participación de las personas en la organización administrativa de los Estados, o en las decisiones que debe adoptar el Poder Ejecutivo tras la consecución de lograr satisfacer las necesidades públicas,[5] sino que en todo tipo de organizaciones. Las empresas, por ejemplo, han cambiado sus estructuras organizacionales, migrando desde estructuras piramidales de gran jerarquía a otro tipo de organizaciones más planas y con gran participación de sus integrantes, lo que ha permitido que las ideas, el conocimiento y las competencias de sus integrantes fluyan a lo largo y ancho de la organización y puedan aportarse e incorporarse en mejor forma a la toma de decisiones de dichas organizaciones con miras al logro de sus objetivos.

En el derecho administrativo medioambiental, por ejemplo, la participación ciudadana no ha sido una excepción, así, la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, ha incorporado en forma expresa esta participación,[6] mientras que otras normativas de medio ambiente han seguido el mismo ejemplo, como herramienta que ha incorporado el Poder Legislativo, para asegurarse que quienes se vean afectados por decisiones de la Administración hayan tenido una instancia de iniciativa, opinión y participación que no los deje ajenos a las decisiones en definitiva adoptadas.

[4] Sistema de Estudio de Calificación Ambiental.

[5] La Ley 18.575, art. 3°, define el bien común como la obligación del Estado de satisfacer las necesidades públicas.

[6] Artículo 4° Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente: *"Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana..."*; además encontramos en el artículo 70 de la misma norma que dice *"Corresponderán a la Comisión en particular, las siguientes funciones: f) ...y a promover la participación ciudadana en estas materias..."*; por otra parte el artículo 26 indica: *"...Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten..."*; Asimismo, en la propia ley ya referida, en el Párrafo 3°, "De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental", artículos 26 y ss., se regula esta participación con ocasión del estudio de impacto ambiental.

Esta participación es una de las actividades que se desarrollan en los procesos de calificación ambiental dentro de un marco de actividades que involucran diversas instancias que es necesario ver como un todo homogéneo, que sea capaz de integrar eficientemente la tramitación, haciendo coordinados, ágiles y expeditos los procedimientos, con una visión de conjunto, incluso más allá de la propia normativa ambiental, que sea capaz de estar al ritmo y exigencias de las necesidades, de las satisfacción de éstas, de los intereses de todos los actores involucrados, Estado, inversores, proyectos, comunidades, mano de obra, profesionales, etc. Creo que en ese aspecto aún tenemos tareas pendientes y el sistema aún es perfectible en muchos de sus aspectos, lo que analizaremos en la segunda parte de este trabajo.

## La Constitución Política de la República y la participación ciudadana

El ente social como organización, a través del tiempo, se ha ido dando una estructura que asegure la protección y satisfacción de necesidades que el individuo solo no podría satisfacer. El hombre, usando el término en forma omnicomprensiva, vive en comunidades y no en forma aislada, así, mientras que por un lado las personas tienen necesidades, por otro lado tiene aportes que entregar al todo social, lo que hace que la sociedad complemente los aportes y los requerimientos, en un sistema eficiente capaz de complementar estos esfuerzos sinérgicamente. Esta misma sociedad creó al Estado como una de las organizaciones más perfectas y que permite que la sociedad se dé una estructura jurídica y políticamente organizada. Nuestra Constitución Política de la República de 1980 hace una segmentación en las diversas esferas donde el hombre se desenvuelve, como la familia, los grupos intermedios, la Administración, las Fuerzas Armadas, etc., y recoge la participación social como una de las formas de incorporarse a los diferentes grupos donde se desarrolla la vida en comunidad, participación que evidentemente no debiera ser igual, lo que permite que existan opiniones, ideas, procesos, discusión, en un marco de respeto y sentido social responsable.

Al revisar nuestra carta fundamental, en su artículo 1° *"Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*, ya encontramos plasmado los primeros principios, que consideramos como esenciales en la consagración de la participación ciudadana, me refiero al principio de igualdad y libertad, lo que permite que en uso de su libertad todas y cada una de las personas puedan participar con igualdad de condiciones en la vida nacional, y por correlato en las decisiones de la Administración que les puedan afectar, lo que queda refirmado en el Artículo 19 numeral 2° que estipula el principio de igualdad ante la ley.

Otra forma de participación, protegida en la CPR,[7] es la que permite a cada persona influir en la consecución del logro del mayor grado de realización personal, espiritual y material, que se extrae como consecuencia de la obligación del Estado, especialmente en la de garantizar la adecuada autonomía, descrita en el artículo 1° inciso 3°.[8] Para explicarlo más sencillamente, por un lado encontramos la obligación del Estado de crear las condiciones necesarias, pero esta tarea estaría inconclusa si por la contraparte no existiera la voluntad de cada una de las personas o grupos, de lograrlo.

Por otra parte, por el principio de servicialidad del Estado,[9] este tiene la obligación de promover el bien común, el que consiste en la creación de las condiciones necesarias para que todos y cada uno de los miembros de la comunidad alcancen el mayor grado de bienestar y de realización personal posible. Luego, de esta norma se desprende que la obligación del Estado es sólo crear las condiciones y será cada persona o grupo el que deberá tender al logro del bienestar y realización personal a través de actos propios e individuales, vale decir, de su participación y rol dentro del ente social. Lo anterior, para relacionarlo con lo ya descrito, lo podrá hacer cada persona en la medida que exista igualdad de oportunidades y tenga la libertad personal para hacerlo.

## La normativa administrativa y la participación ciudadana

Al revisar la normativa del derecho administrativo, encontramos en el artículo 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado:[10] *"Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y las Leyes"*, lo que se relaciona con lo expresado en la propia Constitución Política de la República en su artículo 6°.[11] Recordemos que nuestro sistema u ordenamiento jurídico es esencialmente jerarquizado y derivado, lo que permite que las normas de menor jerarquía extraigan de las normas jerárquicamente superiores los valores incorporados a ella y dentro de este proceso de derivación se mantenga

[7] Constitución Política de la República

[8] Constitución Política de la República, artículo 1° inciso 3° *"...El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece..."*.

[9] Constitución Política de la República, art. 1° inciso 4° "...Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional...".

[10] Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, en su texto refundido, coordinado y sistematizado D.F.L. N° 1/19.653.

[11] Constitución Política de la República, artículo 6°. *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley"*.

la armonía y coherencia entre todas las normas del sistema jurídico interno, lo que en este caso en particular no nos sorprende, porque lo que está haciendo la LOCBGAE[12] es precisamente eso, reflejar la derivación.

A su vez el artículo 13[13] de la misma norma legal, permite en cierta medida la participación ciudadana, a través del principio de publicidad, al consagrar la transparencia de la función pública, y la posibilidad de conocer los fundamentos de las decisiones que se adopten, categorizando como públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración, lo que favorece la participación ciudadana al menos en conocer el razonamiento que utilizó la Administración para adoptar tal o cual decisión y la facultad que les asiste a los interesados de poder impugnar u oponerse a esas decisiones en el marco que las leyes autorizan.

Por otra parte, la ley de bases del procedimiento administrativo[14] estipula en su artículo 1° que en el caso que existan o se establezcan procedimientos administrativos especiales, vale decir, por regulaciones normativas específicas, la ley de bases del procedimiento administrativo se aplicará supletoriamente. Cabe hacer presente que en cuanto a los procedimientos podrán definirse tramitaciones especiales, pero conceptualizando la armonía y coherencia de nuestro sistema normativo, muchos de los principios consagrados en diversas normas jurídicas tiene o debieran tener el carácter de vinculante en forma transversal para todos los procedimientos administrativos.

En el tema que nos ocupa el artículo 17[15] de la ley de bases del procedimiento administrativo tiene un carácter de esencial, toda vez que consagra los

[12] Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

[13] Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 13, indica: *"...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..."*.

[14] Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, N° 19.880, modificada por la Ley N° 20.285.

[15] Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, artículo 17, *Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a: a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa; b) Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; c) Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración; d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley; e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales; f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución; g) Exigir*

derechos de las personas en su relación con la Administración, y nos permite visualizar cuáles son las garantías legales que la ley les otorga a los interesados intervinientes.

Finalmente, la reciente Ley sobre Acceso a la Información Pública,[16] en su artículo 5° prescribe *"...En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado..."*, lo que permite que la ciudadanía tenga acceso a la información que avala la toma de decisiones de la Administración del Estado en general y de un órgano en particular, lo que a su vez permite que en el caso que se vulneren los derechos de las personas, éstas puedan oportunamente participar en su defensa.

**La normativa medioambiental y la participación ciudadana**

La normativa medioambiental se desprende de la garantía constitucional consagrada en el Artículo 19 numeral 8 de nuestra Constitución Política de la República, que en síntesis expresa tres garantías-deberes, que son a) El derecho que tenemos todos de vivir en un medio ambiente libre de contaminación; b) El deber que se exige al Estado de velar por el cumplimiento del derecho descrito en la letra a, y el deber de tutelar la preservación de la naturaleza; y c) La facultad o atribución que tiene el legislador, quien a través de una ley podrá restringir el ejercicio de determinados derechos o libertades con el objeto de proteger el medio ambiente.

Lo anterior se recoge en forma muy similar en el artículo 1° de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente,[17] que reafirma los dos ámbitos de regulación, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, preservando la naturaleza y conservando el patrimonio ambiental.

*las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente; h) Obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, e i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.*

[16] Ley 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, publicada en el D.O. con fecha 20 de agosto de 2008, conocida como Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado.

[17] Ley N° 19.300

Dicha normativa incorpora en el artículo 14, para la tramitación de los Estudios de Impacto Ambiental, la participación de los interesados o titulares de los proyectos sometidos a esta tramitación, como también considera la participación de organizaciones ciudadanas, lo que se refuerza en las normas del título II, párrafo 3° de la misma Ley 19.300, artículos 26 y siguientes, referido a la participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, asegurando la participación de organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y personas naturales directamente afectadas por el proyecto, quienes tendrá la posibilidad de formular observaciones al EIA,[18] dentro de un plazo de 60 días contados desde la última publicación del extracto de dicho EIA, observaciones que por cierto deberán ser fundadas e incluso en el caso de personas naturales, éstas deberán expresar la forma en que el proyecto o actividad les afecta, según lo dispuesto en el artículo 53 del Reglamento de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Así, la comisión evaluadora considerará fundadamente en su resolución las observaciones que estime conveniente y relevante. La ley no lo dice en forma expresa, sin embargo, la norma otorga al titular de alguna observación no considerada la posibilidad de presentar un recurso de reclamación, luego, podemos deducir que el legislador incorporó la debida flexibilidad a la norma, porque en forma tácita está reconociendo que no todas las observaciones serán recogidas por los organismos competentes.

Sin embargo, de la norma de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, (Ley 19.300), artículo 26[19] antes referenciada, se extrae de la frase, *"...según el caso..."*, que tal disposición no es taxativa, dejando entregada la facultad a las comisiones regionales y a la comisión nacional de medio ambiente, establecer los mecanismos que aseguren dicha participación, dando cabida a que la autoridad puede definir y aplicar otras modalidades frente a cada uno de los casos que se les presenten en forma particular.

Por su parte, el reglamento de dicha norma legal transcribe en forma idéntica, en el artículo 49 inciso 1°, la norma del artículo 26, ya comentado, pero agrega en el inciso 2° que dichos mecanismos serán establecidos en forma específica en cada caso, dependiendo de las características propias del proyecto o actividad, lo que deja más clara la aplicación de la norma legal.

[18] Estudio de Impacto Ambiental

[19] Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley 19.300, artículo 26. *Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten.*

De lo anteriormente analizado, podemos concluir que la participación ciudadana es una variable importante y juega un rol fundamental en el proceso de evaluación de impacto ambiental, la que en cumplimiento a las diversas disposiciones del ordenamiento jurídico nacional, ya comentadas, permite que las personas puedan tener acceso a la información relacionada con proyectos o actividades que de una u otra forma las pudieran afectar, con la facultad que les entrega la norma de opinar fundada y responsablemente acerca de ella, trasparentando el procedimiento y permitiendo a las personas en general, jurídicas y naturales, tener una instancia de participación en las decisiones de la Administración que les pudieran afectar, donde se confrontan y conviven el interés público que persigue la autoridad, con el interés privado de los interesados en el proyecto y el interés colectivo de las comunidades o personas afectadas.

Lamentablemente en la práctica no siempre la participación ciudadana está motivada por la búsqueda del mejoramiento del proyecto, o de las medidas de mitigación o cómo se pueden mejorar de una u otra forma los eventuales impactos que pudieran generar los proyectos o la actividad pretendida, sino que lisa y llanamente buscan en muchos de esos casos la revocación de los proyectos propuestos o su demora, poniendo todo tipo de trabas y organizándose para generar tal cantidad de observaciones que haga imposible su consecución en el corto plazo, poniendo a la autoridad en una situación incómoda, debiendo decidir entre el progreso, la satisfacción de necesidades públicas o el interés ciudadano, que muchas veces busca el rechazo a los proyectos motivado por intereses particulares que no siempre miran a satisfacer el interés colectivo, generando incentivos perversos y abusando del derecho que los asiste, extendiendo la aplicación de la norma jurídica a situaciones que no estuvieron en su espíritu originario.

Otra norma Jurídica que recientemente incorporó la participación ciudadana a nuestra legislación fue la aplicación del llamado Convenio 169, que entró en vigencia el pasado 15 de septiembre de 2009, esta norma jurídica internacional fue redactada por la OIT (Organización Internacional del Trabajo), que en su permanente rol de protección al acceso al trabajo se ha preocupado de los pueblos indígenas; sin embargo, con la dictación, en 1989, del citado Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, claramente se apartó de su rol tradicional y dictó una norma con un nítido carácter de derechos humanos.

Chile lo incorporó a su ordenamiento jurídico, a través del decreto N° 236, ratificado por el Presidente de la República, único responsable de conducir las relaciones internacionales y llevar a cabo las negociaciones, además de concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que son sometidos a la aprobación del Congreso, según lo prescribe

nuestra propia Constitución en su artículo 32 sobre atribuciones especiales del Presidente de la República, aprobación que en su momento obtuvo en nuestro Congreso, pero no alejada de una serie de discusiones, que incluso llevó varias normas a revisión al Tribunal Constitucional.

La aplicación del Convenio 169 se pretendió hacer inicialmente a través de un texto llamado Código de Conducta Responsable, el que fue fuertemente criticado y finalmente rechazado por todos los estamentos de la sociedad.

Finalmente, la Administración a través del uso de las facultades o potestades reglamentarias del Presidente de la República, dictó un Reglamento, que regula específicamente la consulta y participación de los pueblos indígenas.

La norma del convenio 169, a propósito de la consulta a los pueblos indígenas, prescribe: *"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente..."*, luego el convenio claramente estipula una obligación para la Administración del Estado y no para los particulares. Sin embargo, el Reglamento que regula la consulta y participación de los pueblos indígenas considera en su artículo 5 una obligación expresa a los particulares, ordenando *"...proyectos de inversión. Los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena... serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la Administración del Estado competente podrá aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento..."*, a mi juicio en forma ilegal, toda vez que una norma reglamentaria jamás podrá imponer obligaciones que no considera la ley, el fin de la reglamentación es detallar el cómo se cumplirá la ley, pero en ningún caso podrá imponer otras restricciones u obligaciones que la ley no contempla.

Luego, en este caso en particular, independiente de lo analizado en el párrafo anterior, esta norma incorpora otra consulta paralela como exigencia adicional, además de la participación ciudadana propia del EIA, lo que va en contra del concepto de la ventana única que pretendía canalizar las múltiples autorizaciones sectoriales por la vía del sistema de evaluación ambiental (SEIA), aumentando considerablemente los tiempos de tramitación.

Otro aspecto de gran relevancia, al igual que la participación ciudadana, analizado en la primera parte de este trabajo, es el concepto de eficiencia en los procesos y de qué manera la normativa, medioambiental en este caso, recoge este problema. Así, por ejemplo, no siempre la normativa permite un manejo eficiente de las exigencias y las distribuye o utiliza sinérgicamente, como se

debiera, generando con ello demoras innecesarias, mayores costos, inseguridad y falta de certeza jurídica en la toma de decisiones y produciendo muchas veces el desincentivo de inversores en proyectos que son de gran importancia para la vida nacional.

Un ejemplo claro, relacionado con la participación ciudadana y que puede afectar en idéntica forma a un mismo proyecto o actividad, es la participación de los pueblos indígenas al amparo del Convenio 169 ya comentado.

De forma similar, la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal considera tramitaciones distintas y previas a la tramitación del SEIA,[20] referida a situaciones que digan relación con intervenir un bosque nativo de preservación, lo que afecta frontalmente contra la eficiencia y coherencia en los procedimientos administrativos, limitando la fluidez y la razonable tramitación, cuya aplicación ha sido recientemente regulada por la ORD. N° 563 del Ministerio de Agricultura, de fecha 8 de junio de 2009, aun cuando el estudio de Impacto ambiental considera dentro de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental a la CONAF,[21] que participa en dicho procedimiento, la que curiosamente declara en su propia página web que el SEIA es un proceso que permite accionar el concepto de "ventanilla única ambiental".[22]

Además en el mismo sentido están las declaraciones de la Ministra de Medio Ambiente,[23] que sostuvo que *"...uno de los grandes logros del SEIA es que ha actuado como modelo coordinador de las instituciones de la Administración Pública, por cuanto considera las opiniones sectoriales y las hace partes de la evaluación para la posterior calificación ambiental. Por eso –afirmó la Ministra– el SEIA opera como* ***ventanilla única****, vale decir, con su otorgamiento se consideran aprobados todos los permisos ambientales sectoriales"*, lo que en general se produce, con algunas excepciones, pero que claramente requiere mayores esfuerzos por unificar las exigencias no sólo desde el punto de vista ambiental, sino que extenderlo a la normativa en general, evitando así la duplicidad de esfuerzos que atentan fuertemente con la materialización de los proyectos sometidos a esta regulación.

Finalmente en este tema, el reglamento general de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, del decreto 93, promulgado en noviembre del año 2008 y que entró en vigencia recientemente a través de su publicación

[20] Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
[21] Corporación Nacional Forestal
[22] http://www.conaf.cl
[23] Revista oficial Ambiental 2009, Ecoamerica.cl, http://www.ecoamerica.cl/sitio/index.php?area=391,

el 5 de octubre de 2009, donde se vino a regular en definitiva el procedimiento en estos casos, donde el artículo 16[24] incorporó nuevas exigencias distintas a los requisitos exigibles en el SEIA, exigiendo la elaboración, presentación y previa aprobación de un plan de manejo de preservación[25] y el reconocimiento del proyecto con la calidad de obras de interés nacional, lo que modifica los plazos originales y alarga considerablemente la tramitación en materias que por uso de la razón debieran ser consideradas en un solo procedimiento, como podría ser el SEIA.

**La concepción de ventanilla única en la legislación administrativa y medioambiental**

El concepto de ventanilla única es una denominación simple de una institución que a mi juicio ya había recogido nuestra legislación administrativa en diversas normas jurídicas, que analizaremos a continuación.

Así, el artículo 5° de la LOCBGAE,[26] inciso 2°, prescribe que *"...Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones"*, esta norma es clara, precisa y no amerita mayor complejidad en su interpretación, y busca alcanzar un grado de eficiencia en el proceso y de eficacia en el resultado, a veces un tanto utópico en el actuar de algunos órganos de la Administración, pero que como declaración persigue un definido parámetro de conducta obligatoria para todos los actores de los diversos procedimientos administrativos, aplicables en general como en los procedimientos especiales.

La anterior disposición es concordante con la que parece ser su norma constitucional inspiradora, así en el artículo 114 (actual) de la CPR[27] se consagra

[24] Artículo 16. Corresponderá presentar un plan de manejo de preservación, cuando se trate de intervenir un bosque nativo de preservación y cuando se trate de las siguientes situaciones excepcionales que afecten a individuos de las especies vegetales señaladas en el inciso primero del artículo 19 de la ley, que sean parte de un bosque nativo: a) Alteración de hábitat o corta, eliminación, destrucción o descepado, en cualquier tipo de terreno, con motivo de investigaciones científicas o fines sanitarios siempre que tales intervenciones sean imprescindibles y no amenacen la continuidad regenerativa de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella; y b) Alteración de hábitat o corta, eliminación, destrucción o descepado, en cualquier tipo de terreno, con motivo de construcción de caminos, el ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por ley, siempre que la ejecución de tales obras sea de interés nacional, que sean imprescindibles, y que tales intervenciones no amenacen la continuidad regenerativa de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella.

[25] Reglamento general de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, artículo 4°, Decreto 93, publicado el 10 de octubre de 2009.

[26] Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

[27] Constitución Política de la República.

un principio similar, donde en su inciso final prescribe: *"...Asimismo (la Ley), regulará los procedimientos que aseguren la debida coordinación entre los órganos de la Administración del Estado para facilitar el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales"*, si bien esta es una norma general y abstracta, al no distinguir, se debe entender referida a todos los órganos de la Administración del Estado.

Esta norma, que alcanza a todo el actuar de la Administración, trasciende la frontera de lo meramente ambiental y busca unificar procesos evitando duplicaciones o interferencias de funciones, como declara la norma, y que a veces en la práctica no es posible alcanzar, como ya lo demostramos con el ejemplo de la duplicidad de participación tanto en la normativa del convenio 169, como en la participación de la Ley de Bases del Medio Ambiente, generándose procesos a veces paralelos y otras veces consecutivos.

La Ley de Bases también consagra el principio de eficiencia y eficacia al decir *"...los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos"*, lo que constituye una obligación para los órganos del Estado.

Para ser justo, esto no depende exclusivamente del actuar de estos órganos de la Administración, sino que también estarán fuertemente influidos por las disposiciones legales que incorpora al ordenamiento jurídico el legislador, quien muchas veces no logra mantener una coherencia en la normativa, generando exigencias similares a situaciones que de suyo se pueden complementar y a la que seguramente se verá enfrentado un mismo proyecto o actividad. A lo anterior, se le pueden adicionar las disposiciones de un también muchas veces poco racional uso de la potestad reglamentaria y regulatoria, según sea el caso.

Para simplificar el entendimiento de lo anteriormente analizado, podemos poner un ejemplo práctico; un proyecto minero o un proyecto eléctrico puede verse enfrentado al cumplimiento de diversas normativas, por ejemplo, a la medioambiental en cumplimiento del SEIA; a la normativa de la Ley del Bosque Nativo, en el supuesto que existan especies protegidas en las áreas de afectación del proyecto que obligue a buscar la declaración de interés nacional a la que obliga dicha normativa especial; a la del Convenio 169, si en forma parcial o total existen tierras de comunidades indígenas que obliga a una consulta paralela, a las de la regulación de aguas, si se trata de un proyecto hidroeléctrico, etc., todas ellas normas de derecho administrativo, pero con regulaciones y exigencias distintas. La pregunta que cabe entonces plantearse es si ¿efectivamente existe la ventanilla única a través del SEIA o en forma genérica o transversal a nuestra normativa administrativa? O ¿solo opera para algunos aspectos medioambientales?

Concordante con la norma anterior, la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo también consagra diversos principios que miran en la misma dirección, y en su calidad de procedimiento general o supletorio en otros casos, como lo dispone expresamente la norma del artículo 1° de esta Ley 19.300, debiendo ser al menos complementario con las normas especificas o especiales de la leyes o regulaciones medioambientales.

Luego, en el artículo 7° de la Ley 19.880,[28] se plasma el principio de celeridad, que prescribe: *"El procedimiento, sometido al criterio de celeridad,* ***se impulsará de oficio*** *en todos sus trámites. Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado* ***deberán actuar por propia iniciativa*** *en la iniciación del procedimiento de que se trate y* ***en su prosecución, haciendo expeditos los trámites*** *que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión"*. Reforzando el mismo criterio en el inciso final, e incluso dándole un impulso adicional, obligando a la Administración a tener un mayor grado de diligencia y preocupación cuando los procedimientos son originados por una solicitud o en ejercicio de un derecho. El criterio anterior queda especialmente ratificado con la disposición del artículo 17, derechos de las personas, que en su letra e) determina que: *"Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales"*. Luego, podemos concluir que lo que persigue la norma es incorporar al procedimiento un importante grado de dinamismo y agilidad.

Otra norma, que busca un objetivo similar, es el principio de economía procedimental del artículo 9° de la Ley 19.880, que persigue: a) hacer un buen uso de los recursos administrativos; b) evitar trámites innecesarios o dilatorios; c) hacer uso de una sinergia administrativa; d) coordinar esfuerzos con otros órganos.

De lo anterior se desprende que al menos, desde el punto de vista declarativo, el procedimiento y actuar de la Administración debiera estar inspirado en una tramitación eficiente, tras la búsqueda de resultados eficaces para las partes. Por qué me refiero a las partes, porque ambas tienen objetivos diversos. En el caso de un proyecto, por ejemplo, la autoridad velará por el cumplimiento de su mandato constitucional y legal de preservar el medio ambiente, mientras

[28] Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, N° 19.880, modificada por la Ley N° 20.285.

que los particulares velarán por el cumplimiento y búsqueda de la autorización para hacer posibles sus proyectos.

## Conclusión

El presente trabajo ha pretendido analizar aspectos relevantes de la regulación. Por un lado la participación ciudadana y la normativa medioambiental, y por otro lado, la eficiencia en el procedimiento, concentrando toda la tramitación relacionada en un solo procedimiento administrativo especial, dando pie al concepto de ventanilla única.

Estos casos fueron abordados desde un punto de vista general hacia un punto de vista particular y si bien es cierto nuestra normativa es aún perfectible en general y reconociendo que hemos dado pasos importantes en la regulación, especialmente en la certeza jurídica como valor central de nuestro ordenamiento jurídico, también creemos que no basta con tener incorporadas a la norma estas obligaciones, si por una parte los órganos de la Administración no son capaces de cumplir eficientemente este mandato, y por la otra, si nuestro Poder Legislativo no es capaz de tener una visión unificada, armónica y uniforme de la actividad procedimental a la que someterá a los obligados.

# Jurisprudencia, ¿sirve para algo?

**Héctor Oberg Yáñez**
Profesor Titular de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción, indica que jurisprudencia es la "ciencia del derecho".

Empero, en nuestro sistema procesal ¿puede sostenerse que existe realmente esta ciencia? Nuestro Código Orgánico de Tribunales en su art. 304 expresa: "Todo juez prestará juramento al tenor de la fórmula siguiente: *"Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios que, en ejercicio de vuestro ministerio, guardaréis la Constitución y las Leyes de la República?"*. El interrogado responderá: "Sí juro"; y el magistrado que le toma el juramento añadirá: *"Si así lo hiciereis, Dios os ayude, y si no, os lo demande"*.

Hermoso y excelente texto en el cual no se repara mayormente, y que con el transcurso del tiempo va quedando en penumbras para quienes fueron sus protagonistas. Es útil observar que este juramento no establece ninguna obligación para el juramentado de hacer o administrar "justicia". Lo que le impone –en primer término– es guardar la Constitución y las Leyes de la República, y ni una ni las otras necesariamente deberán contener disposiciones que en el entendimiento del común de la gente sean justas, ya que el sentido de justicia es variable en el mundo. Por consiguiente, los jueces no están en el ejercicio de sus cargos para hacer justicia, como la reclaman algunos vociferantes, ellos solamente están para guardar la Constitución y las leyes de la República. ¿Y qué significa guardar para estos fines? En su cuarta acepción el Diccionario de la Real Academia Española (edic. 21ª-1992) indica que es "observancia y cumplimiento de un mandato, ley o estatuto", lo que está en armonía con el texto del juramento citado. Pero hay más en el referido texto. Efectivamente, si el juez se ajusta a su juramento o lo desconoce, quien es llamado a socorrerlo o pedirle cuenta de su mal obrar es Dios, no los hombres. Si se debe recurrir a la divinidad, ¿puede racionalmente atribuirse el carácter de ciencia a la jurisprudencia? Hay de por medio otra idea de seguirse este predicamento, cual es aquella virtud teologal denominada fe, y que mirado el problema desde el

punto de vista legal, carece de aplicación, toda vez que en los fallos que puede emitir un sentenciador no hay un conocimiento sobrenatural para resolver la controversia. Por el contrario, el juez debe ajustar su decisión a la Constitución y las leyes, so pena, si así no lo hiciere, de incurrir en el delito de prevaricación. Empero, en tal decisión el sentenciador carece de un conocimiento cierto de los principios y causas que rigen a la llamada jurisprudencia, y ésta se transforma, entonces, en algo variable, cambiante, pues dependerá del criterio de quienes emitan el fallo. Y tal es así que actualmente en nuestra legislación se ha creado el recurso de unificación jurisprudencial, el cual ya tenía un esbozo en el Código de Procedimiento Civil (art. 780), olvidando que en nuestro país las sentencias, aun cuando ellas sean repetitivas y se originen en los tribunales superiores, no tienen carácter vinculante para los subordinados jerárquicamente. No se unifica el derecho por la denominada jurisprudencia, pues es menester tomar en consideración que cada juez goza de independencia en su función sentenciadora, aun cuando su concepción sea errónea. Y tal base fundamental del Poder Judicial no puede verse menoscabada por esta jurisprudencia, por existir una determinada apreciación del asunto de que se trate.

Nos quedamos con aquella afirmación, que fuera formulada ya en 1847 por J. H. von Kirchmann, en orden a que *"la jurisprudencia carece teóricamente de valor como ciencia, que no es ciencia ni llega al verdadero concepto de tal"*. Esta jurisprudencia está muy lejos de tener aquella calidad que demanda el legislador procesal penal para acreditar los hechos investigados, esto es, de importar un "conocimiento científicamente afianzado" (art. 297 inc. 1° C.P.P.). La jurisprudencia nunca tendrá tal carácter, pues ella sólo manifiesta la o las opiniones de los jueces en una determinada época, las cuales serán muy diversas considerando el entorno, entre otros aspectos, en que viven en ese instante los sentenciadores. Y la opinión manifestada no significa que ella vaya a permanecer intangible en el transcurso del tiempo. Basta que cambie la persona del juez para tener un cambio de criterio. La tal jurisprudencia es cambiante, voluble, no descansa sobre principios ni conocimientos científicamente afianzados, por esta razón no es factible darle el carácter de ciencia. No hay un conocimiento cierto sobre la materia que se debate en un litigio, faltan esos principios que son básicos en las ciencias, se carece de una doctrina metódicamente formada y ordenada. Y tan es así, que el propio legislador reconoce y le da fuerza legal a la posibilidad de que nuestro Tribunal Supremo pueda haber manifestado *"distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso"* (art. 780 C.P.C.). Y es lógico que puedan producirse estas diferentes interpretaciones, pues la composición misma del tribunal va cambiando, y los sucesores no tienen por qué consensuar con aquello que expresaron sus antecesores. Volvemos, por ende, a que prevalece la independencia subjetiva del fallador. *"La independencia judicial viene a representar que el juez que debe determinar el caso sólo tiene que hacerlo según lo que prescribe el derecho, o según crea entender él qué es lo que prescribe el derecho, sin que en ningún caso pueda recibir ordenes o instruccio-*

*nes de otros poderes del Estado, ni de los superiores, de cómo debe interpretar el derecho, ni menos de sanciones de ningún tipo de esos otros poderes estatales ni de los superiores judiciales por cómo ha interpretado y aplicado el derecho. El juez debe ser independiente tanto externa como internamente"* (Andrés Bordali). Por consiguiente, el juez tiene que tomar la decisión por propia y personal convicción y responsabilidad, aun cuando no exista ley, o ésta sea oscura, vaga, ambigua, y al hacerlo llevar a cabo la pertinente integración procesal y dar así eficacia al principio de inexcusabilidad, no hacerlo llevaría a un *non liquet*. Lo que se espera, en tanto, de una ciencia es que conduzca en todos los casos a una certidumbre objetiva e indudable, y ello está muy lejos de entregarlo la denominada jurisprudencia.

Todo el mundo habla de lo justo y de lo injusto, pero ¿quién sabe lo que es justo y lo injusto, lo que la justicia es? El legislador y el juez deberían saber lo que es una ley justa, ¿pero realmente lo saben? A la postre *"parece que la iluminación decisiva no nos la suministra el conocimiento científico, sino la experiencia práctica"* (Emil Brunner). ¿Y así pretende la jurisprudencia pasar por ciencia? Ella no es más que la solución a casos particulares controvertidos, que no tienen o contienen, por lo general, per se ningún principio científico, pues su base está en la mera opinión de los falladores, quienes deben decidir libre y soberanamente sobre la aplicación e interpretación de una norma legal. Es una medida que constantemente varía, y que, por consiguiente, mal puede asumir ser ciencia. Más aún, la propia ley (art. 297 C. Proc. Penal) requiere que los tribunales para valorar la prueba –entre otros aspectos– no se contradigan *"los conocimientos científicamente afianzados"*, y ¿se va a estimar que un fallo de un tribunal superior importa un conocimiento científicamente afianzado?

Cabe traer a colación el decir de un autor español (Valeriano Hernández Marín) sobre este tema: *"Los hombres no son máquinas susceptibles de una dominación total por los otros hombres, y por ello cualquiera persona u organización de personas a quien se encomienda una función social derivada del poder, adquiere una parte del mismo. A medida que el grupo social crece y sus conflictos internos se multiplican en número y variedad, el poderoso ha de nombrar más delegados y subdelegados que dictan sentencias de acuerdo a los criterios generales que previamente establece"*. Y agrega, todavía, *"así la realización efectiva de la voluntad expresada por el poderoso se confía y queda en manos de otros hombres, cuyo grado de fidelidad será variable en función de diversas circunstancias"*. Justamente es esta diversidad la que obsta a esta uniformidad que se quiere implantar a través de la unificación jurisprudencial. La ley no se interesa por cada problema, sino por los más conocidos e importantes; el resto, sobre todo lo imprevisto, queda al arbitrio del juez. Este tiene el enorme poder de decir, en última instancia, qué es lo que ordena la ley. Si se controla al juez, se controla realmente el contenido de la norma. Ahora bien, la existencia de una multiplicidad de delegados para la aplicación de un único criterio general, puede producir que

este criterio no se obedezca uniformemente. *"No debe olvidarse que la justicia se administra caso a caso sin que los juzgadores tengan que repetir decisiones en casos aparentemente similares. La previsibilidad no es un criterio que se use entre nosotros para obligar a los tribunales a mantener una línea de soluciones jurisprudenciales"* (R. Domínguez Águila. Rev. Derecho U. de C. N° 221-222 págs. 282-283). Es posible, entonces, expresar que cada juez hace del texto legal que tiene al frente una ley distinta. *"Uno tiene ante sí un texto y se trata de interpretarlo. Es como una sonata de Mozart, cien intérpretes distintos tocarán cien sonatas diferentes"* (André Chouraqui, A.B.C. Literario N° 526, Madrid, 2 de marzo de 1991, citado por Ramón Domínguez Benavente Rev. de Derecho U. de C. N° 189, pág. 110).

Lo que, en otras palabras, se efectúa es administrar justicia, y ésta puede servir como norma allí donde se trata de relaciones impersonales, de instituciones, de leyes, de ordenamientos, y lo más que se puede pedir de ellas todas, es que sean justas. Sana aspiración, pero tal anhelo no inviste a la jurisprudencia como una ciencia, si será útil para fijar un orden, y éste provendrá de la aplicación e interpretación de la ley formulada por quien tiene la *potestas* y *autoritas*, quien deberá hacer efectivo el principio de igualdad que establece la Constitución y que demanda la justicia. Empero, cuidado, pues esta aplicación e interpretación debe estar revestida de calidad, unidad y claridad de los criterios con que resuelven los tribunales y no requerir la cantidad de fallos emitidos para poder postular a determinados cargos, como lo está demandando en nuestro país la propia Corte Suprema.

Evidentemente lo que se deja anotado no agota el tema y, por cierto, existirán otros continuadores concordantes o discordantes, pero lo trascendente es que manifiesten su parecer, pues como alguien lo ha dicho: "ya no están los tiempos para aceptar una sentencia por el solo hecho de que emane de una autoridad constituida". Y parafraseando al poeta: **Litigante, no hay jurisprudencia, se hace jurisprudencia al litigar.**

# La reforma procesal civil en materia probatoria

**Emilio Rioseco Enríquez**
Ex Profesor de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL CONCEPCIÓN

En el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, contenido en el Mensaje de la señora Presidenta de la República, de fecha 18 de mayo de 2009, se contienen normativas importantes sobre temas generales relativos a la materia probatoria, cuyo análisis justifica una reflexión especial.

**1. El principio dispositivo y la prueba.** "Este principio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares".[1] Lo anterior, naturalmente, con las precisas limitaciones que imponen los juicios en que prevalece un interés social, como son los litigios laborales y el caso de las medidas para mejor resolver.

Aplicando este principio a la prueba, consiste en que su iniciativa corresponde a las partes; el Juez no conoce, normalmente, otros hechos que los aportados por los litigantes.[2] Es una consecuencia de la libre disponibilidad del derecho que asiste a los justiciables.

Tal principio básico y formativo, que informa nuestro Derecho Procesal Civil, recibe en el Proyecto de Reforma –según se explica más adelante– sustanciales limitaciones, en la idea de procurar una justicia más rápida y eficaz para tutelar los intereses de las partes.

No coincidimos con esta apreciación. La rapidez en el desarrollo del proceso no es condición necesaria de que éste sea "debido", ni es garantía de un fallo

[1] E. J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 1981, N° 117, pág. 186.
[2] Ibídem.

justo. De aquí que postulemos la mantención del principio dispositivo sin limitaciones como una base fundamental del debido proceso.

**2. Producción de la prueba por iniciativa del juez.** El art. 18 del Proyecto dispone: "El tribunal estará facultado para... 4°) Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley".

No se trata del esclarecimiento de los hechos ya demostrados por las partes, como ocurre tratándose de las medidas para mejor resolver (art. 159 del CPC), sino de una facultad que se confiere al tribunal para "esclarecer la verdad de los hechos controvertidos", es decir, una amplia decisión para investigar inquisitivamente "la verdad" en el concepto que el Juez tenga de la misma. De esta manera, la producción de la prueba ha pasado de manos de las partes a las manos del tribunal. Es la negación clara del principio dispositivo.

**3. El ofrecimiento de los medios probatorios.** Los arts. 232 y 233 del Proyecto imponen al demandante la obligación de acompañar con su demanda toda la prueba documental que intente hacer valer o indicar el lugar en que se encuentra para su incorporación al proceso; así como la individualización de los testigos y peritos y los hechos sobre los cuales depondrán.

La falta de ofrecimiento de las pruebas antedichas impedirá rendirlas, salvo que se trate de hechos nuevos no conocidos por la parte, lo que calificará libremente el tribunal (art. 234). Igual normativa regirá para el demandado en cuanto a la contestación (art.250).

He aquí otra parte del Proyecto en pugna con el principio dispositivo y su aplicación probatoria. Tenemos al tribunal apremiando a la parte para ofrecer prontamente sus medios probatorios relacionados con la instrumental, testifical y pericial, en circunstancias que sin conocer el actor el contenido de la contestación mal puede decidir sobre estos aspectos probatorios y, en cuanto al demandado, sin conocer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, que se fijarán en la audiencia preliminar próxima, mal puede en la sola contestación cumplir con esta obligación procesal, bajo apercibimiento de no recibirse la prueba no ofrecida en estos términos (art. 250).

**4. La resolución que recibe la causa a prueba.** Según el Proyecto, en la audiencia preliminar el juez debe "fijar los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deben ser probados" (art. 254, N° 6°).

Tratándose de una resolución esencial del proceso probatorio, la intervención de las partes para ampliar o modificar estos hechos tiene particular relevancia, sin embargo el Proyecto lo impide al hacer inapelable esta resolución (art. 256) y

sólo permite renovar la discusión sobre los puntos de prueba como fundamento de la apelación contra la sentencia definitiva. Se comprende que ya rendida la prueba carece de significación procesal semejante debate. Nuevamente queda desconocido el principio dispositivo en materia probatoria.

**5. Prueba documental y sentencia inmediata.** Si durante la audiencia preliminar se hubiese determinado para su rendición únicamente prueba documental, el tribunal deberá dictar sentencia definitiva inmediata (art. 257).

Parece que el Proyecto parte de la base que existiendo sólo prueba documental la valoración de la misma, la interpretación contractual y la decisión fáctica y jurídica tendrían tal simplicidad que la sentencia no debería esperar más.

Esto me recuerda el dicho de un señor Ministro:[3] ¡Cuidado que hay pellejos con pulgas!, pero, en materia civil y comercial, más que pulgas suele haber en los documentos elefantes y panteras. Por eso la sentencia exige un análisis cuidadoso del proceso, que no puede quedar sujeto al transcurso del tiempo.

**6. La carga de la prueba.** Con arreglo al art. 265 del Proyecto: "Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación la beneficie, salvo que una ley expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de la prueba". Se agrega: "El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le puede generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder".

Puede observarse que, en ambas reglas propuestas, se trata de establecer un criterio subjetivo para distribuir la carga probatoria: a) Debe probar la parte a la cual el hecho de la norma la beneficia y b) Debe probar la parte que, según el Juez, tiene disponibilidad y facilidad para hacerlo.

De acuerdo con el sistema actual, aplicado en nuestro derecho, se sigue el criterio objetivo sostenido por Chiovenda[4] y reconocido por la jurisprudencia,[5] según el cual la carga probatoria se determina en base a la naturaleza del hecho alegado. Al efecto los hechos son constitutivos (genéricos y específicos), modificativos y extintivos. Debe probar, entonces, la parte que alega los constitutivos

[3] De cuyo nombre no quiero acordarme (Cervantes).
[4] Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de D° Procesal Civil*, 1954, tomo 3, N° 276, págs.100 y sig.
[5] Casación, 8-6-54. RDJ. T. 51, sec. 1ª, pág. 176. Casación, 19-X-65. RDJ. t. 62, sec.1ª, pág. 379.

específicos (no los genéricos) y después quien invoca los hechos modificativos o extintivos. El art. 1698 del C. Civil se aplica conforme a este criterio, en un ámbito no sólo obligacional.

De la comparación entre ambos sistemas no dudamos en adherir al criterio objetivo, ya que radicar la distribución de la carga probatoria en el "beneficio" que recibe la parte del hecho establecido en la norma o en el criterio del tribunal sobre la facilidad y disponibilidad probatoria, significa entrar en el conflicto evidente de calificar esa subjetividad, con el efecto inmediato de su proyección en la valoración probatoria y en su resultado final en el fallo. Compartimos, pues, la opinión de un autor que refiriéndose a esta materia expresa que se trata de un tema que exige un examen profundo.[6]

**7. Observaciones a la prueba.** En el Proyecto se elimina la norma actual que, vencido el término probatorio y dentro de los 10 días siguientes, las partes podrán hacer por escrito las observaciones que el examen de la prueba les sugiera (art. 430 del CPC), sustituyéndose por la siguiente: "Una vez rendida la prueba, en la audiencia de juicio, las partes formularán oralmente y en forma breve, dentro del tiempo que les indique el tribunal, las observaciones que les merezca la prueba así como sus conclusiones, de un modo preciso y concreto, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por las demás" (art. 308).

Parece una exageración del principio de "oralidad" llevarlo al trámite de observaciones a la prueba.

Este trámite tiene especial importancia ya que exige del abogado un análisis preciso, y muchas veces extenso, de los medios probatorios aportados, de su admisibilidad, producción y valoración individual y comparativa, circunstancias todas que serán bases de la sentencia definitiva tocante al establecimiento de los hechos y a la aplicación del derecho. Por lo mismo, pensamos que en materia civil y comercial esta etapa procesal debe cumplirse en forma escrita, dentro de un plazo fijado en la ley y sin quedar sujeta a la decisión del tribunal en cuanto al tiempo de duración de las observaciones.

**8. Valoración probatoria.** De los tres sistemas clásicos de valoración probatoria (legal o tasada; racional o de sana crítica y de libre convicción) el Proyecto se decide por el de sana crítica, esto es, valoración objetivada por la lógica y las máximas de experiencia (E. Couture) (art. 266).

[6] "Claves de la Reforma Procesal Civil". Mario Rojas S. Artículo en Rev. *Actualidad Jurídica* de Univ. del Desarrollo, N° 20, tomo 1, pág. 143.

Si bien en esto se sigue una tendencia mundial en el derecho comparado, no puede olvidarse que la compleja diversidad de los hechos y actos jurídicos, objeto de la prueba, y las circunstancias en que éstos ocurren, aconseja adoptar una actitud más flexible, pudiendo suceder que no siempre sean las reglas de la sana crítica las que deban aplicarse, sino otra norma valorativa. De aquí que preferiríamos un precepto menos exclusivo y que posibilitara la aplicación de un sistema diferente según la naturaleza del hecho y la circunstancia en que sucede. La excepción que acepta el art. 266 al expresar: "...salvo texto legal que expresamente contemple una regla de apreciación diversa" no es muy comprensiva, porque generalmente se trata de preceptos sustantivos no regidos por una regla probatoria valorativa diversa.

**9. Conclusión.** He tenido a la vista sesenta y tres libros de autores extranjeros que opinan sobre la materia probatoria civil y sobre cuál es el mejor sistema procesal para abordarla, especialmente en los temas tratados en los párrafos anteriores; pero he llegado a la conclusión que son más importantes y más decisivos para dar forma al presente artículo los sesenta y tres años de ejercicio profesional que algo le han enseñado al autor. Es de esperar que en la revisión del Proyecto se aplique el refrán que "más sabe el diablo por viejo que por diablo".

# Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil

**Gonzalo Cortez Matcovich**[1]
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Concepción
Pontificia Universidad Católica de Chile

## 1. Antecedentes

En mayo último, en su Cuenta Pública ante el Congreso Pleno sobre el estado político y administrativo de la Nación, la Presidenta de la República, después de destacar la obra que en materia de justicia habían desarrollado los últimos tres gobiernos, aludiendo a los cambios introducidos en el ámbito del proceso penal, la justicia de familia y la laboral, requería del Congreso destinar sus mejores esfuerzos para dar una discusión de altura a aquella otra reforma histórica propuesta pocos días atrás y que es la reforma a la Justicia Civil. En efecto, con fecha 18 de mayo de 2009, se había ingresado bajo el N° 398-357 un proyecto de ley que pretende sancionar un Nuevo Código Procesal Civil.

Cuando en diciembre de 2006 se entregó al Ministerio de Justicia el borrador de Anteproyecto del Código Procesal Civil, la idea –según el Ministerio de Justicia– era *"presentarlo como proyecto de ley –ampliamente acordado y consensuado– ante el Congreso Nacional durante el primer semestre de 2009"*.

Las líneas que siguen están dirigidas a quienes han quedado marginados del aludido amplio acuerdo consensuado –entre los que me incluyo– y constituyen una visión exegética de las disposiciones reguladoras de lo que se enarbola como la principal innovación en materia de medios de impugnación en el Proyecto de Código Procesal Civil.[2]

[1] Abogado, Doctor en Derecho por la Universitat de València, España.
[2] En adelante, simplemente PCPC.

## 2. Ubicación sistemática

En el plano de la regulación sistemática, el PCPC consta de cuatro libros, cada uno de ellos dividido en títulos y algunos en capítulos. Sin perjuicio de lo anterior, algunos capítulos se dividen, a su vez, en párrafos. Siguiendo la línea de las anteriores reformas en el orden procesal, cada artículo lleva un título indicativo de su contenido.

Específicamente respecto del tema que me concierne, el Libro III está destinado a la ordenación de los recursos procesales y contiene unas disposiciones generales aplicables a los recursos y la normativa específica de los únicos recursos que reconoce el Proyecto: la reposición, el recurso de apelación y el recurso extraordinario. A la regulación de este último recurso se destinan los arts. 353 a 362 PCPC.

## 3. Consideraciones previas sobre el establecimiento de un medio de impugnación para ante la Corte Suprema

Prácticamente todos los sistemas jurídicos contemplan dentro de su organización judicial un tribunal supremo llamado a desarrollar dos funciones principales: un control de legalidad de la decisiones emanadas de los jueces inferiores y asegurar la potencial uniformidad de la jurisprudencia, tanto propia como de los tribunales inferiores.[3]

Se trata de asunto de la mayor importancia. Como señala NÚÑEZ, *"Un tema de gran sensibilidad para el usuario de la administración de justicia es, precisamente, el grado de control que un sistema procesal reconoce de las resoluciones que dictan los funcionarios que integran los órganos que ejercen la función de adjudicación en un Estado de Derecho. En otras palabras, para la sociedad en su conjunto resulta importante saber hasta qué punto se puede controlar el ámbito de discrecionalidad del órgano que ejerce la jurisdicción al decidir un caso determinado".*[4]

El diseño del mecanismo impugnativo que permita que el conocimiento del asunto llegue hasta la Corte Suprema, como quiera que se le pretenda denominar, casación o recurso extraordinario, no puede dejar de considerar la forma cómo están reguladas las instancias. Así como la oralidad y las reglas que le

[3] TARUFFO, M., "Las funciones de las Cortes Supremas", en *La prueba, artículos y conferencias,* Santiago, Edit. Metroplitana, 2009, p. 205.

[4] NÚÑEZ OJEDA, R., "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", en *Ius et Praxis,* 2008, año 14, N° 1, p. 200.

son consubstanciales –inmediación, concentración y publicidad– no pueden dejar de considerarse a la hora de regular la segunda instancia y el ámbito de la misma, la casación no se puede concebir al margen de lo que se piense sobre la primera y la segunda instancia.[5]

En fin, la tensión entre la necesidad de un sistema de garantías que permita la revisión de lo resuelto por el juez, ya sea por él mismo o por otro órgano superior, y la realidad de que esto supone una dilación para la respuesta judicial definitiva, sólo puede resolverse con el establecimiento de un sistema recursivo que sea respetuoso de dicha garantía, pero afincado sobre la realidad y que resulte de la justa ponderación de los intereses en conflicto.

## 4. Los objetivos del recurso

Las finalidades esenciales asignadas al instituto de la casación han sido la correcta aplicación del derecho en los fallos judiciales y la unificación de la jurisprudencia. La primera imprime el carácter político al recurso y su naturaleza constitucional (*ius constitucionis*), que CALAMANDREI llamó función *nomofiláctica*. La función de unificar la jurisprudencia es posterior y propende a ella la existencia de un único órgano de casación que procure una interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio.[6]

La evolución de la casación ha motivado que a los fines antes señalados se le agregue otro no menos importante, que es lo que HITTERS menciona como función dikelógica, esto es, la de hacer justicia del caso concreto, apareciendo de este modo como un recurso impulsado por el interés del particular que sufre un agravio por la sentencia.

Ya CALAMANDREI, en su obra fundamental,[7] distinguía la coexistencia de ambas funciones a que estaba llamada a cumplir la casación, la defensa del individuo (*ius litigatoris*) y la del interés general (*ius constitucionis*): *"la querella servía para garantizar la exacta observancia de la ley por parte del juez y para impedirle realizar obra de legislador: de manera que la querella en todo tiempo tuvo en sí un elemento político, asociando la defensa del individuo* (ius litigatoris) *a la del interés general* (ius constitucionis)*"*.

[5] DE LA OLIVA SANTOS, A., *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, p. 49.
[6] VESCOVI, E., *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Bs. Aires, Depalma, 1988, p. 238.
[7] CALAMANDREI, P., *La casación civil (trad. Sentís)*, Bs. Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, T. I, pp. 70 y ss.

También nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a las finalidades atribuidas a nuestro sistema de casación:[8] "mediante el recurso de casación en el fondo, el sistema procesal da eficacia al principio de legalidad y al de igualdad ante la ley. Nuestro sistema procesal constitucional contempla los siguientes principios fundamentales: jurisdicción de derecho, debido proceso y recursos procesales; la casación en el fondo es una de las máximas expresiones de la garantía del Estado de Derecho y de la igualdad ante la ley. La sentencia de casación en el fondo que acoge el recurso pone término definitivo al conflicto con efecto de cosa juzgada y fija la doctrina generando un precedente jurisprudencial".

## 5. Los motivos o causales del recurso

Como se sabe, la clasificación básica de los recursos en nuestra ordenación procesal es aquella que separa los recursos ordinarios de los extraordinarios. Los recursos extraordinarios o de derecho estricto son los que exigen motivos taxativos para su interposición y, por ende, limitan las facultades del tribunal *ad quem*.

La diferencia fundamental con los recursos ordinarios reside en que, mientras en estos es suficiente la existencia del agravio para la admisión y consideración del contenido del recurso, en los recursos extraordinarios este agravio tiene que estar referido a un específico motivo de impugnación configurado por el legislador. Con los recursos ordinarios se puede denunciar cualquier vicio de la sentencia impugnada, mientras que con los extraordinarios las partes sólo pueden denunciar determinados vicios contenidos en la resolución y que han sido previamente tasados por el legislador.[9]

Al haberse supeditado la admisión y tramitación de los recursos extraordinarios a la circunstancia de que se aleguen en su interposición unos motivos de impugnación determinados por la ley, los poderes del tribunal superior están doblemente limitados, tanto por la ley, que también recorta las posibilidades de impugnación de las partes, y por el propio acto procesal de interposición del recurso, en cuanto acota la competencia del tribunal *ad quem* a los concretos motivos de impugnación articulados por el recurrente.[10]

[8] Sentencia del Tribunal Constitucional, de 1° febrero de 1995, en Rev. Der. y Jur. T. 92, sec. 6ª, p. 14.

[9] CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil, II*, México, Cárdenas Editor, 1990, p. 511.

[10] ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, CUCARELLA, BELLIDO, MARTÍN), 6ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2005, pp. 482-483.

Aunque pueda parecer un contrasentido, del análisis de las disposiciones reguladoras del recurso extraordinario en el PCPC no aparece con claridad cuáles serían los motivos de impugnación tasados por el legislador. Sin embargo, una consideración de elemental coherencia lleva a suponer que la denominación del recurso debe guardar relación con sus principales caracteres. No parecería sensato señalar como primera característica del recurso extraordinario el tratarse de un recurso ordinario.

Entonces y dado que el Proyecto de manera paradojal no establece los motivos del recurso extraordinario, habrá que abocarse a su búsqueda y concentrarse en el **objeto** del recurso y en sus **requisitos** para que, de este modo, puedan extraerse los motivos o causales que autorizan su interposición.

## 6. Objeto del recurso extraordinario

El texto prelegislativo parece haberle atribuido al recurso extraordinario dos objetivos:

a) Que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente (art. 353 PCPC);

b) Que la Corte Suprema revoque la sentencia, si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales (art. 353 inc. 2° PCPC).

A partir de esta consideración general sobre el objeto del recurso extraordinario, podría derivarse cuáles son los motivos que autorizan la interposición del mismo. Así, si el objeto del recurso es la revocación de la sentencia por vulneración sustancial de garantías constitucionales, parece claro que la causal del recurso es la infracción sustancial de las mencionadas garantías.

No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de la finalidad de unificación de jurisprudencia. En efecto, aun cuando el texto prelegislativo permita derivar que la sola infracción de la jurisprudencia puede constituir un motivo por sí solo para recurrir, lo cierto es que el genuino motivo o causal del recurso no puede ser otro que la infracción de una norma aplicable para resolver la controversia. Naturalmente que dicha norma ha de entenderse de acuerdo a su interpretación jurisprudencial, lo que significa que si se entiende o aplica en sentido diverso, se abre la vía para la interposición del recurso.[11]

[11] NIETO, A., "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia", en *Teoría y Realidad Constitucional. El Poder Judicial*, Universidad Nacional de Educación a Distancia y Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Números 8-9 2° semestre 2001-1er semestre 2002, p. 106.

No ha podido ser de otro modo desde que la jurisprudencia no es fuente directa del derecho, sino complemento del ordenamiento jurídico, de manera que su desconocimiento no puede ser equiparado al incumplimiento de la norma y sólo podrá tener relevancia, supuesta la infracción, en la medida que evidencia la interpretación, aplicación o inaplicación indebidas de la jurisprudencia.[12]

## 7. Requisitos del recurso extraordinario

Los requisitos de un recurso son ciertas condiciones exigidas por la ley para que pueda sustanciarse el medio de impugnación. La falta de ellos impide que el tribunal pueda entrar a examinar la cuestión de fondo. Su cumplimiento, a diferencia de los presupuestos, depende de la actuación de las partes. En este sentido, de la parte recurrente depende que un recurso sea interpuesto dentro de plazo –que es un requisito del recurso–; sin embargo, no depende de la parte que la resolución de que se trate sea o no una sentencia definitiva –que es un presupuesto del recurso–. De ahí que se sostenga que los presupuestos concurren, mientras que los requisitos se cumplen.[13]

En cuanto a la forma y plazo de interposición del recurso extraordinario, el art. 356 PCPC señala que debe interponerse por escrito dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia dictada por el tribunal inferior.

El Proyecto exige especiales menciones acerca de su contenido, pues el recurrente debe expresar en forma fundada:

a) En qué consiste la injusticia notoria;

b) Cuál es el interés público del caso;

c) Los motivos que justifican que la Corte Suprema deba abocarse al conocimiento del asunto, ya sea por la necesidad de unificación de jurisprudencia o por la vulneración de garantías constitucionales.

Respecto de la expresión *injusticia notoria*, habrá que entender que no se refiere a aquel medio de impugnación propio de la justicia colonial que consistía en una segunda *suplicación o recurso extraordinario de nulidad o injusticia notoria*, ante el Rey de España, en principio, luego ante el Consejo Supremo de Indias,

[12] MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 591-592.
[13] MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., ob. cit. nota ant., p. 48.

creado para entender en todo lo relativo a las decisiones jurisdiccionales y administrativas de la colonia, aunque cabe detenerse en la noción de *injusticia notoria*, forjada a propósito de ese singular medio de impugnación. Comenta VESCOVI que en Hispanoamérica, luego de la Independencia, el recurso extraordinario de nulidad y de injusticia notoria fueron suprimidos y derivaron en varios países en la casación.[14]

En un antiguo trabajo sobre el *Recurso de Injusticia Notoria*, se dice que *"la voz notoria tiene su significación y valor y se entiende por tal la que resulta del proceso sin necesidad de nuevas pruebas"*;[15] se agrega más adelante, citando a otro autor, que *"es notoriamente injusta aquella sentencia cuya iniquidad aparece de solo la material lectura de los autos o por no ser la decisión conforme a la demanda o a lo deducido o probado por las partes o cuando tiene sobre sí la notoria resistencia del derecho, explíquese o no el error en la misma decisión"*.

En España, DE VICENTE Y CARAVANTES señalaba que *"Este recurso tenía lugar según las leyes recopiladas, siempre que la injusticia resultaba notoriamente de los autos: por juzgar los jueces arbitrariamente contra lo que resultaba de estos o infringiendo manifiestamente las disposiciones del derecho: v.gr. por falta de citación, o de alguna solemnidad sustancial del juicio; y aun cuando hubiere tres sentencias conformes, se suspendía su ejecución hasta que se sustanciase y determinara el recurso"*.[16] En similares términos, más recientemente, escribía DE LA PLAZA que resultaba difícil definir los perfiles del recurso de injusticia notoria y, tratando de encontrar una fórmula genérica, procedía cuando la injusticia resultaba notoriamente de los autos, bien porque los jueces juzgasen arbitrariamente contra lo que de éstos resultaba o porque hubiesen infringido abiertamente las disposiciones del derecho.[17]

Tampoco podría entenderse como una simple referencia al agravio como presupuesto de todo medio de impugnación.

Me resisto a entender –como fundadamente lo ha sugerido un apreciado colega–[18] que la mención de la *notoria injusticia* podría significar la reimplantación

[14] VESCOVI, E., ob. cit., p. 21.
[15] DE TAPIA, E., *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas*, T. IV, Valencia, Imprenta Ildefonso Mompie, 1837, p. 384.
[16] VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento: con sus correspondientes formularios*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1858, p. 77.
[17] DE LA PLAZA, M., *La Casación Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 91.
[18] Ponencia del profesor Claudio Meneses P., sobre "El sistema recursivo en el Proyecto de CPC", en el Seminario "Proyecto de Nuevo CPC. Claves y retos", organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, el día 5 de noviembre de 2009.

del tristemente célebre recurso de queja, suprimido en términos prácticos por la reforma de la Ley 19.374. Pero no se puede desconocer que varios de sus elementos se encuentran presentes en este nuevo recurso y que lo alejan de la casación: su interposición directa ante la Corte Suprema (art. 353 PCPC); la posibilidad de decretar orden de no innovar de plano u oyendo previamente a la contraria (art. 357 inc. 2° PCPC) o en fin, el contenido de la sentencia que lo falla, que debe ordenar lo que estime procedente en derecho para *"subsanar la injusticia notoria en que se hubiere incurrido"*. (art. 361 inc. final PCPC)

No es difícil concluir que, miradas las cosas desde esta perspectiva, el motivo de *injusticia notoria* que hace procedente el recurso extraordinario permite una revisión íntegra de lo obrado en las instancias y, con todas sus letras, abre pues una tercera instancia, dado que una *injusticia notoria* puede derivarse de la falta de observancia de las reglas que disciplinan el procedimiento, o de una infracción de un precepto legal o de una errónea reconstrucción de los hechos de la causa o por una variedad de razones,[19] que no tienen que ver solamente con la correcta aplicación de la ley.

Esta solución interpretativa me parece contradictoria por varias razones. Por un lado, colisiona frontalmente con todos los fundamentos invocados a propósito de la reforma de los recursos de casación y de queja que apuntaban a una severa restricción en las posibilidades de interposición de este último como manera evitar su transformación en una tercera instancia y la consiguiente recarga de trabajo de los tribunales superiores.[20] Es de temer que el máximo tribunal entendiera que existe *injusticia notoria* ahí donde había una equivocada interpretación o aplicación del derecho o, peor aún, donde habiendo una correcta interpretación o aplicación del derecho, ella pudiere conducir a una solución injusta. Volveríamos a la consabida frase *"al no entenderlo de este modo, han cometido los ministros injusticia notoria que autoriza a este tribunal a ordenar lo procedente para subsanarla..."*.

Por otra parte, es contradictoria con el sistema procesal civil en sí mismo, que aspira a establecer la centralidad del juicio oral y reposa sobre la base de una apuesta de confianza hacia los jueces de primer grado, quienes no sólo tienen importantes poderes de dirección formal y material del proceso, sino que aprecian la prueba con libertad, sin otros límites que los impuestos principalmente por las máximas de la experiencia.

[19] Así, BORDALÍ SALAMANCA, A., "Justicia del proceso y de la sentencia civil", en *La Reforma procesal civil en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de Los Andes) N° 16, 2009, p. 95.
[20] TAVOLARI OLIVEROS, R., *Recursos de Casación y de Queja. Nuevo Régimen*, Santiago, Edit. Jurídica Conosur, 1996, p. 9.

En este orden de ideas, las anteriores apreciaciones sobre el sentido y alcance de la expresión *injusticia notoria* no coinciden con el sentido que convendría darle al recurso extraordinario, como está regulado en el Proyecto, sino que la referencia a la *injusticia notoria* debe entenderse como referida a una formulación cualificada del agravio como manifestación de la conservación de la función del *ius litigatoris*, como último recurso que se concede a los justiciables frente a las posibles arbitrariedades de los tribunales inferiores, atendiendo de este modo también a la necesidad de justicia del caso concreto. La cualificación del agravio derivará de la gravedad de la infracción normativa que le sirve de fundamento al recurso. Complementa lo anterior la regla del inciso final del art. 361 PCPC, que impone al tribunal, en su sentencia, expresar las razones para proceder a la unificación de la jurisprudencia *así como la decisión definitiva del asunto y ordenar lo que estime procedente en derecho para* ***subsanar la injusticia notoria en que se hubiere incurrido***.

En lo que atañe al *interés público del caso*. Dejando a un lado lo impreciso de la expresión, la referencia no puede ser otra que al interés general que subyace en el instituto de la casación y que apunta a la correcta aplicación del derecho en los fallos judiciales y la unificación de la jurisprudencia.

Finalmente, en cuanto a *los motivos que justifican que la Corte Suprema deba abocarse al conocimiento del asunto*, se trata de justificar las razones en cuya virtud procede que la Corte Suprema ejerza su función de unificación jurisprudencial, abocándose al conocimiento del recurso. Esta función sólo la podrá desplegar en los casos previstos en el art. 354 PCPC.

Si en el recurso se ha denunciado vulneración sustancial de garantías constitucionales, para cumplir con el deber de expresar la motivación que justifica el conocimiento del recurso por la Corte Suprema, resulta suficiente la exposición fundada de la garantía que se sostiene fue conculcada y la forma cómo dicha infracción influye en lo dispositivo de la sentencia, vale decir, la condición de *sustancial* de la vulneración.

## 8. Efectos del recurso extraordinario

La pendencia del plazo para recurrir y el acto procesal de interposición de un recurso repercute de diversos modos en la resolución que se impugna. En general, la interposición de un recurso produce el efecto de impedir la firmeza de la resolución impugnada, abre la expectativa de invalidación y puede producir la suspensión de los efectos de la resolución que se impugna.[21]

[21] ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional, III* (con MONTERO, GÓMEZ y MONTÓN), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 343.

Tradicionalmente la expresión *efectos de un recurso* ha quedado reservada aludir a las consecuencias jurídicas de la impugnación tocante a la ejecutabilidad de la sentencia recurrida. Como señala TAVOLARI, por efectos de los recursos se entiende la suerte que corre la resolución recurrida, de cara a sus posibilidades de ejecución, cuando en su contra se ha enderezado un recurso.[22] Desde este punto de vista, los efectos de los recursos se refieren a la posibilidad o no de ejecución inmediata de la resolución impugnada pendiente el recurso deducido en su contra. En otras palabras, efecto suspensivo o no del recurso. La regla básica del PCPC es el efecto no suspensivo de los recursos. Esta regla tiene doble consagración, como norma general y en términos negativos, en el art. 321 PCPC y, como norma propia del recurso extraordinario en el art. 357 PCPC, que contiene alguna matización de la regla general.

La primera de estas disposiciones señala que *"La interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la resolución judicial, salvo cuando la ley disponga expresamente lo contrario"*. Este efecto aparece reiterado específicamente a propósito del Recurso Extraordinario, estableciéndose que la interposición del recurso no suspende los efectos de la sentencia recurrida, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, que no es sino la reiteración literal del efecto general del recurso de casación previsto en el actual art. 773 CPC. Sin embargo, en lugar de haber previsto como atenuación del principio la regla de la petición de otorgamiento de fianza de resultas, que conjuga adecuadamente a mi juicio los intereses de ambas partes, reserva a la Corte Suprema la potestad de decretar orden de no innovar, la que incluso puede adoptar de plano, es decir, sin oír a la contraria.

## 9. Límites para el acceso al recurso extraordinario

Una configuración eficiente de un último recurso ante el máximo tribunal supone mantenerlo dentro de ciertos límites que eviten que lo que constituye garantía de uniformidad y de igualdad de los justiciables ante los tribunales, se convierta en una importante fuente de retraso de los procesos. Es decir, su regulación debe responder a la conjugación entre distintas necesidades: la de uniformidad de la jurisprudencia, junto a la concesión a los litigantes de un último y definitivo recurso y, por otro lado, la necesidad de restringir el acceso al recurso como forma de asegurar la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre derivada del retraso en la declaración definitiva del derecho para el caso concreto.[23]

[22] TAVOLARI OLIVEROS, R., "De los recursos en el nuevo Código Procesal Penal chileno", cit., p. 398.
[23] SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Del Recurso de Casación", en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. CORTÉS, V.), Madrid, Tecnos, 1985, pp. 783-785.

Voces autorizadas han insistido en que las funciones tradicionalmente atribuidas al máximo tribunal, velar por la correcta interpretación del derecho y la uniformidad de la jurisprudencia, pueden ser desarrolladas de manera eficiente sólo en presencia de un sistema de selección que permita a la Corte Suprema afrontar un número limitado de cuestiones que merezcan realmente ser decididas por el máximo tribunal. Sólo de este modo se puede cumplir la finalidad de conservación de la unidad jurisprudencial.[24]

Los mecanismos previstos en el PCPC encaminados a reducir el número de recursos son los siguientes:

**A) Limitación de las resoluciones recurribles:** El recurso extraordinario ha quedado reservado sólo a las sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones (art. 355 PCPC).

**B) La exigencia de la injusticia notoria:** Según se ha pretendido explicar precedentemente, como una formulación cualificada del agravio como manifestación de la conservación de la función del *ius litigatoris*.

**C) Limitación cuando la Corte Suprema ejerza su función de unificación de jurisprudencia:** No es suficiente denunciar la ***injusticia notoria*** sufrida con ocasión de la sentencia. A ella debe agregarse la demostración de los motivos que justifiquen que la Corte Suprema se aboque a su conocimiento para uniformar la jurisprudencia. Dichos motivos sólo pueden estar referidos a aquellos previstos en el art. 354 PCPC:

a) La sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme.
b) La jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí.
c) No existiere jurisprudencia sobre la materia.
d) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial.

Debo insistir en que la sola infracción de la jurisprudencia no constituye un motivo por sí solo para recurrir. El genuino motivo o causal del recurso es la infracción de una norma aplicable para resolver la controversia. Naturalmente que dicha norma ha de entenderse de acuerdo a su interpretación jurisprudencial, lo que significa que si se entiende o aplica en sentido diverso, se abre la vía para la interposición del recurso.

[24] TARUFFO, M., "¿Una Reforma de la Casación Civil?" en *Proceso Civil. Hacia una Nueva Justicia* (Coord. DE LA OLIVA, A. ,y PALOMO, D.), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2007, p. 539.

Desde luego, se despliega aquí un amplio espacio para las explicaciones. Qué debe entenderse por jurisprudencia uniforme; si debe ser emanar necesariamente de la Corte Suprema; si se necesitan dos o más sentencias para conformarla; si la Corte Suprema, sienta un determinado criterio jurisprudencial, ¿bastará con una sentencia? Tratándose del criterio de la jurisprudencia previa contradictoria, habrá que definir si la contradicción sólo puede emanar de la parte resolutiva de la sentencia y no de lo manifestado en las motivaciones de la misma.

No debe olvidarse, como lo señala SERRA, que *"la uniformidad de la jurisprudencia no constituye sin embargo un bien en sí misma considerada, sino únicamente en cuanto permite a los ciudadanos conocer por anticipado con una cierta seguridad la regla que les será aplicada en una eventual controversia... Y para conseguir una igualdad de tratamiento jurisdiccional, es absolutamente necesario que al menos en su vértice el órgano jurisdiccional sea único y que se conceda a los ciudadanos la posibilidad de acudir a un Tribunal Supremo que esté por encima de las posibles diferencias entre los órganos inferiores"*.[25]

**D) El control de admisibilidad:** Tradicionalmente, ante la ausencia de mecanismos eficientes y objetivos para la selección de los asuntos, la Corte Suprema ha utilizado el examen de admisibilidad como instrumento para filtrar los casos que merecen la atención del máximo tribunal.[26] Sigo discrepando de la tendencia jurisprudencial que recoge como nota distintiva de la casación su rigor formal. Este recurso, como todas las actuaciones judiciales, está sometido al cumplimiento de determinados requisitos formales. Pero no existe justificación para incrementar su formalismo. El antiguo exceso de rigor formal en la casación ha desaparecido y hoy sólo cabe recordarlo como una página oscura en la evolución de la casación nacional.

A partir de la reforma de la Ley 19.374, el control se ha trasladado en buena medida desde el examen de los requisitos formales para la admisión del recurso, hacia el sistema del rechazo del recurso por *manifiesta falta de fundamento* (art. 782 CPC) como mecanismo informal de descongestión del sistema, con una cuota significativa de ejercicio de discrecionalidad.

De acuerdo a la regulación del PCPC, la Corte Suprema declarará admisible el recurso cuando estime que se cumplen con los requisitos formales. En caso

[25] SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Del Recurso de Casación" cit., p. 784.

[26] Sobre el rígido formalismo que dominó la casación en nuestro medio, pueden verse mis "Reflexiones sobre la evolución de la casación en el proceso civil", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 211, pp. 165-178; sobre la misma situación en el recurso de nulidad, "El excesivo rigor formal y otras limitaciones impuestas al recurso de nulidad", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N°s 215-216, pp. 105-139.

contrario, así lo señalará fundadamente, concediéndose al recurrente plazo para la subsanación de los defectos (art. 358 PCPC).

**E) El *certiorari*:** El *certiorari* es un mecanismo de selección de casos que emplea la *Supreme Court* de Estados Unidos, basado en un criterio discrecional, según el cual ésta debe decidir sólo los casos "importantes", lo que le permite filtrar una gran cantidad de cuestiones potencialmente susceptibles de ser decididas.[27]

Como señala ORTELLS, frente al excesivo número de asuntos que pueden llegar al máximo tribunal y la consiguiente demora en la resolución de los recursos, sólo existen dos soluciones: *"el aumento del número de magistrados o la reducción del número de asuntos que pueden acceder en casación ante el Tribunal. La solución indicada en primer lugar obedece a criterios meramente cuantitativos, que prescinden de una reflexión sobre la función del Tribunal. La segunda solución permite plantearse diversas alternativas para la selección de asuntos con acceso a casación ante el Tribunal, entre las que el legislador puede elegir en atención a la función que quiera asignarle a ese Tribunal"*.[28]

La práctica parece demostrar la exactitud de los dos cuasiaxiomas que plantea DE LA OLIVA sobre el particular: primero, mientras mayor amplitud exista en cuanto a las resoluciones recurribles y a las causales del recurso, menor será la protección efectiva del recurrente, pues será el propio tribunal quien se encargará de estrechar lo que en al letra de la ley parece amplio; segundo, cuanto más trabajo tiene un tribunal, menos trabaja.[29]

A partir de lo anterior, probablemente la mejor solución sea establecer un mecanismo que permita restringir los asuntos que pueden acceder al máximo tribunal, pero la cuestión que se plantea a continuación es la relativa al modo de seleccionar los asuntos y, en su caso, la de los criterios para hacer dicha selección, así como los grados de discrecionalidad para hacerlo. En este aspecto, no coincido con la línea seguida por el PCPC.

El Proyecto regula el *certiorari*, bajo la misma denominación, en el art. 359 PCPC, señalando que la Corte Suprema seleccionará para su conocimiento sólo

[27] Sobre el origen del *certiorari* puede verse AHUMADA RUIZ, M. A., "El "*certiorari*". Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1994, N° 41, pp. 99-109; SANJURJO REBOLLO, B., *Los Jurados en USA y en España. Dos contenidos distintos de la misma expresión*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 532-535.

[28] ORTELLS RAMOS, M., "El Tribunal Supremo español: un tribunal en busca de identidad" (Segunda parte), en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 4, julio-diciembre 2005, p. 193.

[29] DE LA OLIVA SANTOS, A., *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, pp. 48-49.

aquellos casos que, cumpliendo con los requisitos, revistan interés público a juicio de a lo menos tres de sus ministros.

El *certiorari*, cuyo origen se remonta al derecho común inglés y fue incorporado al derecho norteamericano desde la colonia, fue la respuesta del sistema estadounidense a la crisis por sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo y que le garantiza el control sobre su agenda de casos a decidir. La importancia del *certiorari* obedece a que el poder de seleccionar, entre la multitud de casos, aquellos que según su criterio merecen su atención, le ha permitido desempeñar mejor su función institucional y decidir sólo o preferentemente las cuestiones cuyo impacto trasciende los límites de la controversia particular en que se plantean. Es decir, proveer de guías y directrices para la adecuada interpretación y desarrollo del derecho federal, así como asegurar la uniformidad de su aplicación.

En esta virtud, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con plena e ilimitada discrecionalidad, selecciona los casos que entiende merecedores de su consideración, cuando, por ejemplo, se trata de resolver cuestiones jurídicas novedosas, conflictos de jurisprudencia entre tribunales inferiores o superar viejos precedentes.[30]

Este mecanismo seguramente debe parecer atractivo para muchos cuando se constata el reducido número de decisiones que pronuncia la Corte Suprema de los Estados Unidos, que no supera las 200 sentencias en el año.

Respecto de este mecanismo me inquietan dos cuestiones: el criterio absolutamente discrecional de selección y la suerte de los asuntos que quedan sin repuesta del tribunal por "no ser merecedores de su consideración". No hay claridad sobre el significado de que un caso sea "importante" o, como se expresa en el art. 359 PCPC, nuestro criollo *certiorari* "revista interés público", como si este concepto jurídico indeterminado supusiera en términos prácticos una significación más objetiva que el vago expediente de atender a la importancia del asunto. En Estados Unidos, si bien hay situaciones en las que resulta predecible que se concederá el *certiorari*, hay otras en que es desestimada de plano, pero siempre hay algunas que contra toda previsión terminan siendo objeto de estudio y decisión por el tribunal (*uncertworthy cases*), o supuestos en que el tribunal se abstiene o no entra por *political questions*. En suma, *"no hay nada seguro; incluso el tribunal puede, una vez que el certiorari ha sido concedido, decidir no decidir, esperando una posibilidad futura mejor"*.[31]

[30] TARUFFO, M., "Las funciones de las Cortes Supremas", en *La prueba, artículos y conferencias*, Santiago, Edit. Metroplitana, 2009, p. 209.
[31] SANJURJO REBOLLO, B., cit., p. 538.

Por otra parte, el mecanismo podrá resultar seductor como instrumento de descongestión del sistema recursivo, pero no puesde dejar de preocupar la gran cantidad de cuestiones que requieren un precedente que la Corte no les da. En este sentido, el escaso número de pronunciamientos de la *Supreme Court* deja, por otro lado, un porcentaje altísimo –sobre el 90%– de asuntos fuera del sistema del precedente, dado que la denegación del *certiorari (denials certiorari)* no constituye precedente judicial, aun cuando la no concesión pudiera estimarse como un respaldo a la decisión del inferior. Sería deseable, en este sentido, disponer de información acerca de la frecuencia e importancia de los casos sobre los que la *Supreme Court* no decide.

La experiencia de las Cortes Supremas del *common law*, señala TARUFFO, parece haber demostrado que la eficacia del precedente es inversamente proporcional al número de decisiones que lo establecen. El precedente está dotado de una notable eficacia persuasiva e influye de manera determinante en las decisiones sucesivas.[32]

Me parece, sin embargo, que si en esos sistemas el precedente se sostiene en virtud de su autoridad intrínseca y en su calidad, lo mismo puede predicarse de nuestro país: una decisión de calidad se sostendrá en virtud de su autoridad intrínseca, por la calidad de sus fundamentos y por el cumplimiento efectivo y no formal del deber de motivar las decisiones.[33]

Entre la facultad discrecional de la Corte Suprema de Estados Unidos para seleccionar unos cuantos casos con el *certiorari* hasta la situación de la Corte Suprema italiana, que parece tener el deber de pronunciarse sobre todo recurso que le sea presentado, por la interpretación de la garantía del derecho a recurrir, hay sistemas intermedios, como el alemán.

La Corte Suprema chilena ha contado desde hace tiempo con las herramientas que le permitirían constituirse en una Corte de *precedentes* y ha aplicado con una cuota importante de discrecionalidad mecanismos de selección informales, que enmascaran una suerte de *certiorari "a la chilena"*.

En efecto, con la reforma introducida por la Ley N° 19.374, el año 1995, se incorporaron varios instrumentos que correctamente utilizados podrían contribuir a disminuir la tasa de asuntos y proveer una orientación unitaria y constante de aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Así, la sustitución del requisito de mencionar la ley o leyes infringidas, por el señalamiento del o los

[32] TARUFFO, M., "Las funciones de las Cortes Supremas", cit., pp. 208-210.
[33] DE LA OLIVA SANTOS, A., *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*, cit., p. 56.

*errores de derecho* que influyen en lo dispositivo del fallo (art. 772 N° 1 CPC); la especialización de las salas de la Corte Suprema; la posibilidad de rechazo del recurso por adolecer de manifiesta falta de fundamentos, en fin, la posibilidad de que conozca el recurso el pleno del tribunal.[34]

Si la Corte Suprema no ha utilizado adecuadamente dichos mecanismos, rehusando desempeñar el fin político atribuido al Tribunal de Casación, sin duda que no obedece a la falta de instrumentos ni a la ausencia del *certiorari.*

[34] ROMERO SEGUEL, A., AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., BARAONA GONZÁLEZ, J.,"Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil", en Revista *Ius et Praxis,* año 14, N° 1, pp. 248-9.

# Notas sobre la unidad del Estado como principio constitucional

**Pablo Marshall Barberán**[1]
Abogado
UNIVERSIDAD DE CHILE

Profesor de Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

## 1. Introducción

Los Estados suelen clasificarse por la doctrina contemporánea en unitarios y federales. Dicha distinción atiende a una característica que no se presenta claramente, como suele pensarse. La idea de la clasificación entre unos y otros, como una dicotomía completa, es ya equívoca. Es por eso que debe aclararse qué se quiere decir con ella. Dicha aclaración pasa no sólo por un esclarecimiento conceptual, sino también por dar cuenta de la pluralidad de puntos de vista que son capaces de describir el fenómeno que esta dicotomía sólo puede exponer parcialmente.

*(i) Forma jurídica del Estado*

En primer lugar, bajo el rótulo de forma del Estado suele querer tratarse la organización territorial del Estado. A esto se denomina a veces "forma jurídica del Estado". Este enfoque, como se verá, pretende presentar las formas de organización del Estado, tomando en consideración la organización interna del Estado, especialmente, pero no sólo a lo que dice relación con su organización territorial.

[1] E-Mail: pmarshall@uach.cl; Dirección postal: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s/n, Valdivia, Chile.

Desde esta perspectiva, el análisis se centra en el funcionamiento de los factores de centralización y descentralización de las competencias estatales. Así, se puede considerar al Estado unitario como una forma jurídicamente centralizada y al Estado federal como una forma jurídicamente descentralizada de Estado. Sin embargo, ambos no son más que una muestra de las diversas posibilidades de combinaciones de centralización y descentralización y su estudio sólo significa una muestra ejemplar, cuya selección se corresponde con su calidad de paradigmas históricos de unos principios más abstractos.

*(ii) La teoría de la federación*

Otra perspectiva, quizás menos práctica pero igualmente interesante para el estudio del fenómeno estatal, corresponde a la distinción entre Estado unitario y Estado federal desde la perspectiva de las formas de vinculación entre Estados. Si bien dos o más Estados pueden vincularse sin perder su calidad de tal, existe un umbral de vinculación, no claramente determinado, en el que los Estados asociados pierden su calidad de tales y pasan a formar meras partes de un Estado mayor. Ese umbral debe ser entendido desde la teoría de la federación.

*(iii) Principio federal*

Finalmente una última perspectiva que interesa tratar aquí es la función y el alcance que puede tener un principio constitucional de carácter normativo que consagre la forma de Estado unitaria o federal. El desarrollo más interesante en este sentido es aquel realizado en los países de organización federal, como Estados Unidos y Alemania, en cuyos sistemas jurídicos el principio federal tiene un rol activo y un alcance determinado por la jurisprudencia constitucional. Este enfoque, sin embargo, no es tan rico en los Estados unitarios.

## 2. Estado, asociaciones de Estados y Estado federal

### *a) Formas de vinculación entre Estados*

La pregunta sobre la unidad del Estado está respondida de antemano por el concepto del Estado como unidad de acción política formalizada. Desde ese punto de vista conceptual todo Estado es único; respecto de su población y dentro de su territorio sólo él tiene competencias para establecer normas en lo que se ha llamado el principio de la impenetrabilidad.

Desde ese concepto de Estado, el Estado puede, sin perder su calidad estatal, vincularse con otros Estados mediante su voluntad subjetiva. De forma idéntica

en como los individuos se relacionan en el tráfico privado, el Estado puede relacionarse con otros Estados, quedando incluso vinculado por un tratado, que generará obligaciones para los Estados partes del mismo, en la medida que puedan reconocer la fuerza obligatoria que aquél tiene, típicamente fundada en los principios del derecho internacional como *pacta sunt servanda* o buena fe.

Esas formas de vinculación son reguladas por el derecho internacional y pueden implicar un menor o un mayor grado de vinculación entre los Estados. A saber, puede hablarse de relaciones entre dos Estados que se vinculan por un *tratado* en el que regulan alguna materia particular, pero los tratados también pueden crear formas de vinculación entre los Estados que no se refieran a materias particulares, sino que creen una organización general destinada a perseguir objetivos comunes. La participación de los Estados en organizaciones internacionales que adquieren una personalidad de derecho internacional propia, pero que por otro lado no tiene una voluntad que sea distinta de aquella suma de voluntades de los Estados partes, es la plasmación de este tipo de vinculación. Ejemplos de estas organizaciones son la ONU o la OEA.

### *b) La federación*

#### *(i) La teoría de la federación*

Cuando ese tratado crea una vinculación permanente entre los Estados partes, pero además tiene como consecuencia cambiar el *status* político de los Estados partes, suele llamarse federación. En palabras de Schmitt:

> La Federación es una unión permanente, basada en el libre convenio, y al servicio del fin común de la autoconservación de todos los miembros, mediante la cual se cambia el total status político de cada uno de los miembros en atención al fin común.

La federación plantea una paradoja, en la medida que la entrada a la federación sólo puede realizarse por una expresión libre del Estado miembro, como un acto de su independencia, pero tras el ingreso y su incorporación a una nueva forma política y jurídica, el Estado no aparece como libre o independiente para realizar acciones que atenten contra el orden político del cual ahora es parte y, por tanto, no es libre para retirarse de la federación si dicha posibilidad no está contemplada por aquella.

Dicha particularidad deriva de la naturaleza constitucional del pacto federal. La decisión de integrar una federación implica la decisión constitucional de perte-

necer a una nueva unidad política. La nueva unidad política federal constituye para estos efectos una unidad de decisión que no puede reducirse a la decisión de las partes componentes. Dicho de otra forma, el pacto federal es contenido tanto de la Constitución en sentido político (no de la ley constitucional) de los Estados partes, como de la Constitución de la federación, que no está disponible para la modificación unilateral por los Estados partes.[2]

La Constitución federal garantiza la existencia de los Estados partes dentro de la federación y frente a las potencias extranjeras. Pero al mismo tiempo se inmiscuye en numerosos asuntos que antes eran propios de los Estados partes. Existe así una relación en que la federación se vincula políticamente con los Estados partes como una unidad.

Sin embargo, esta construcción está basada en una contradicción. Como pone de relieve Schmitt, la configuración de la federación se encuentra con una antinomia. Por un lado, se afirma la unidad política de la federación y, por otro, la unidad política de los Estados miembros. ¿Es posible afirmar la unidad y la pluralidad de unidades simultáneamente? Sin duda esa situación de equilibrio conducirá a muchos conflictos en los cuales ambas unidades se enfrentarán. La cuestión central de la teoría de la federación es cómo se resolverán esos conflictos.

*(ii) Federación y Estado federal*

Una respuesta estandarizada es la que se funda sobre la distinción entre una federación y un Estado federal. En el primer caso, no se trata más que de un conjunto de Estados que han decidido llevar ciertos asuntos comunes de forma conjunta, asignándole competencias a un órgano supraestatal para desarrollar, por ejemplo, sus relaciones internacionales. En el segundo caso, se trata de un genuino Estado, que cuenta con una constitución estatal que regula las relaciones entre los estados partes, entre éstos y el Estado federal y por supuesto, entre el Estado federal y sus ciudadanos. Se trata de una Constitución interna y no de un instrumento de derecho internacional, como en el primer caso. La diferencia fundamental entre un orden estatal y por consiguiente un Estado y un orden jurídico que agrupe y coordine jurídicamente a varios Estados, valiéndose de las herramientas del derecho internacional, esto es, una agrupación de Estados (federación), es que no se constituye una relación directa entre las personas individuales de cada uno de los Estados partes y la agrupación de Estados. Dichas agrupaciones típicamente carecen de potestades susceptibles de ser dirigidas a los individuos y solamente cuentan

[2] Schmitt, C., *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1983), pp. 348-350.

con potestades respecto de los Estados miembros.[3] Ello tiene su explicación en que la agrupación de Estados se funda en un acuerdo de voluntades entre los Estados, en cambio la expresión de la voluntad del pueblo es necesaria para la formación de la Constitución de un Estado federal. La agrupación de Estados carece de Constitución en el sentido relevante de una decisión del poder constituyente del pueblo.

Según esta distinción, la solución del conflicto federal pasa, en el caso de la federación, por la solución a favor de la independencia de los Estados miembros, en el caso del Estado federal la solución a favor del mismo,

> *porque priva a los Estados de la decisión independiente sobre su existencia política, y sólo les deja un "derecho de legislación autónoma".*[4]

*(iii) El problema de la federalidad del Estado federal*

Schmitt afirma, sin embargo, que según esta distinción, el Estado federal pierde su característica propiamente federal, en la medida que

> *corresponde a la esencia de la Federación el que –en tanto que ella exista como tal, junto a los Estados-miembros como tales– se mantenga abierta la cuestión de la soberanía entre una y otros. Si se habla de una Federación en que los Estados-miembros no son soberanos, sino que lo es la Federación como tal, es hablar de una estructura en la que sólo la "Federación", esto es, el todo, tiene existencia política, con lo que nos encontramos en realidad ante un Estado unitario soberano. De tal sencilla manera se soslaya el verdadero problema de la Federación.*[5]

La existencia de la federación como concurrencia de unidades políticas estatales que coexisten, tiene necesariamente que dejar abierta la cuestión de cómo se solucionan los conflictos entre dichas unidades. Si dichos conflictos se quieren evitar, ya otorgándole la solución a un órgano federal, ya entregándosela a la voluntad de los Estados miembros, lo que se hace con ello es eliminar la posibilidad de la federación.

---

[3] Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del estado* (México: Universidad nacional autónoma de México, 1969), p. 383.; García-Pelayo Alonso, M., *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza, 1984), pp. 212-213. Es interesante notar cuál ha sido la evolución, no sólo en la Unión Europea, del traslado de potestades estatales a entidades supranacionales. Sobre esa cuestión es particularmente relevante la cuestión de la soberanía externa.

[4] Schmitt, C., *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1983), p. 354.

[5] Ibíd.

El caso de Estados Unidos es, sin duda, el que presta más interés para poner a prueba el problema de la teoría de la federación. Aquí se muestra cómo, hasta antes de la guerra civil, la respuesta sobre la forma de resolver los conflictos entre la federación y los estados miembros se mantuvo en suspenso.

### *c) El surgimiento y la evolución del federalismo en los Estados Unidos de Norteamérica*

Durante e inmediatamente después de la independencia, las 13 colonias inglesas en Norteamérica decidieron darse forma estatal. Así, cada una estableció para sí misma una Constitución. Este conjunto de estados constitucionales e independientes decidieron crear una confederación. La confederación consistía en una unión entre los estados con finalidades tales como defensa y seguridad especialmente. En esta confederación cada estado conservaba su independencia y toda competencia que no haya libremente delegado al Congreso de los Estados Unidos, que era el único órgano de la confederación y estaba compuesto por tantos representantes como estados miembros. Tenía a su cargo, particularmente, las relaciones internacionales.

Esta confederación fue remplazada mediante la dictación de la Constitución federal, que configuró una nueva forma política para los Estados Unidos y que fue ratificada por los estados miembros de la antigua confederación. Las razones fundamentales para adoptar esta nueva forma fueron la necesidad de un poder efectivo frente a los nuevos problemas militares y económicos que acechaban a las antiguas colonias. En la discusión sobre la forma que debía adoptar la nueva Constitución se enfrentaron posturas que querían un Estado federal más fuerte y otras que querían conservar en esencia la organización confederada, solucionando algunos problemas puntuales. Así, se puede entender que la Constitución federal consistió en un compromiso entre las dos posturas: federalistas y antifederalistas. En particular, se entrego a la Unión las competencias necesarias para resolver los problemas, pero se mantuvo la autonomía de los estados federados. Subyacente a ese compromiso se encuentra el compromiso entre los estados grandes y los pequeños, en torno a la clase de representación que gobernaría el Estado federal, para satisfacer a los primeros se creó una cámara de representación proporcional a la población, para satisfacer a los segundos se contrapesó dicha cámara con una de representación estadual en la que los estados partes concurrían en términos de igualdad. También subyacente se encuentra el compromiso entre el Norte y el Sur en relación a la esclavitud. Dicho compromiso acordó mantener el *statu quo* en relación a esta cuestión al menos por un período.

El compromiso federal estaba consagrado en los siguientes términos: la Constitución delega en el gobierno federal expresamente ciertas competencias, las competencias no delegadas permanecen y pertenecen a los estados miembros.

Rápidamente se adhirieron a estos poderes federales expresamente establecidos ciertos poderes que se consideró se encontraban implícitos en los primeros, abriéndose la puerta a toda una constelación de interpretaciones judiciales que con el tiempo fueron relegando la idea de la competencia originaria y residual de los estados miembros a una idea secundaria y poco importante. Ello no parece extraño si se considera que quien tiene la competencia para determinar qué competencia pertenece a cada quien, es precisamente un órgano federal (la Corte Suprema).[6]

Así, como todos los compromisos, el compromiso federal norteamericano dio estabilidad al país y potenció, junto a otros factores, la transformación de los Estados Unidos en una potencia mundial. Pero también, como todos los compromisos, generó una tensión entre las partes que debió ser resuelta de una u otra manera, más temprano o más tarde.[7]

La postura que veía en el empoderamiento de la federación una traición al compromiso federal se polarizó a propósito de la inmiscusión del gobierno federal (dominado por los estados ricos del norte), y al debate político siguió la guerra civil, entre los estados del sur y sus homólogos del norte. Sustentando la posición de los sureños se presentaba el argumento de que la Constitución federal es un pacto entre estados y en la medida que los órganos de la federación abusen de los poderes que el pacto les otorga surge el derecho de los estados partes para anular el pacto y separarse de la Unión.

Frente a esta postura, los federalistas defendieron la idea de que la Unión no es una alianza entre Estados, sino un Estado en sí mismo. De esa calidad nace el derecho de responder a la traición de quien intente dividir el Estado. La tesis defendida por los estados del norte era la relativización de la autonomía estatal frente a la afirmación de la soberanía del pueblo del Estado federal.

Estas posturas se enfrentaron en la guerra civil, que arrojó al Norte como vencedor y consolidó el tránsito de los Estados Unidos hacia un Estado con una marcada unidad jurídica y política. Desde entonces los poderes de la federación sólo han tendido a ampliarse y el carácter federal de su organización política ya no puede sostenerse sino vinculado a la organización de las competencias jurídicas formales, que como se verá, no difiere categorialmente de la descentralización de un Estado unitario como Chile.

[6] García-Pelayo Alonso, M., *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza, 1984), pp. 332-337.
[7] Sobre los compromisos constitucionales, véase Schmitt, C., *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1983), pp. 45 y ss.

El principio federal, después de la guerra civil, quedó relegado a un principio de segundo orden, como un particular contenido de la idea del Estado de derecho. Si la separación de poderes garantiza la posición del individuo separando el poder funcionalmente, el principio federal garantiza dicha posición separando el poder territorialmente.

La categoría de Estado federal o de federación quedan relegadas, por tanto, a una forma de organización territorial del Estado. Una forma que se ubica dentro de las diversas forma de centralización o descentralización del poder del Estado.

## 3. Centralización y descentralización del Estado

Hans Kelsen presenta la dicotomía entre centralización y descentralización como las opciones de la forma de organización territorial del Estado. Dicha dicotomía dice relación con la referencia a modelos de configuración de la organización del Estado, siendo proporcional el nivel de centralización con la ausencia de descentralización en un orden estatal particular. Así las cosas, resulta difícil encontrar casos de centralización total y resulta imposible encontrar casos de descentralización total dentro de un Estado, por ser necesaria una mínima centralización para poder describir esta cuestión como algo que afecta al concepto de Estado:

> Hay un cierto *mínimum* al cual no puede descender la centralización [...] sin que se produzca la disolución de la comunidad jurídica; una norma cuando menos, la básica, tiene que ser norma central, es decir, tiene que ser válida para todo el territorio, o de otro modo éste no sería el territorio de un solo orden jurídico [...]. El derecho positivo sólo conoce la centralización y la descentralización parciales.[8]

Es más conveniente, por tanto, entender la dicotomía entre centralización/descentralización como un continuo de posibilidades de organización estatal y a los modelos como proporcionalmente más centralizados o descentralizados.

### *a) Modelo centralizado*

La opción fundamental del modelo centralizado de organización del Estado está dada por la tendencia a la acumulación de las potestades estatales en una

[8] Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del estado* (México: Universidad nacional autónoma de México, 1969), p. 364.

sola estructura central estatal que configura un solo sistema jurídico general. El ámbito de dichas potestades estatales abarca todo el territorio estatal y las normas que son dictadas conforme a ellas tienen validez en todo el territorio del Estado. Por eso pueden denominarse potestades y normas centrales.

*b) Modelo descentralizado*

La opción fundamental del modelo descentralizado de organización del Estado está dada por la distribución de las potestades estatales de creación y ejecución en varias estructuras relativamente independientes del orden estatal central, que configuran varios subsistemas jurídicos también independientes. El ámbito de dichas potestades estatales abarca sólo parcialmente el territorio del Estado y las normas dictadas conforme a ellas sólo tendrán vigencia en esa localidad. Por esa razón es que pueden denominarse potestades y normas locales. Es posible constatar que en el modelo descentralizado existe una coexistencia entre un orden, potestades y normas centrales con otros órdenes, potestades y normas locales. En ese sentido, el orden estatal en un modelo descentralizado estará compuesto tanto por el orden parcial central como por los órdenes parciales locales, los que juntos configurarán un orden estatal total.

*c) Criterios de descentralización*

La descentralización puede proceder por diversos criterios, siendo los más relevantes: (a) el tipo de potestad que se descentraliza, siendo posible descentralizar la potestad legislativa, la ejecutiva, la administrativa, la gubernativa o la judicial; y (b) la materia que se descentraliza, por ejemplo, los asuntos penales, comerciales, de aseo y ornato, educacionales, de salud, etc. Dichos criterios de descentralización son posibles de implementar en diversos niveles, siendo posible la combinación de ambos criterios de una forma que permita una maniobra especial respecto de las necesidades de organización, en cada territorio estatal.

*d) Razones para la descentralización*

Las razones que existen para adoptar un modelo descentralizado son de diversa índole.

La más poderosa de ellas es aquella que sostiene que es conveniente regular de manera distinta iguales materias tomando en cuenta las diferencias características de los distintos territorios locales. Ello en realidad no dice nada a favor de la descentralización, en la medida que un órgano central es perfectamente capaz de determinar una regulación diferente para distintas unidades territoriales tomando en cuenta las características locales que hacen conveniente tal diversidad.

Una segunda razón, enlazada con la anterior, presenta la conveniencia de la descentralización argumentando que ésta posibilita un contacto directo de las autoridades estatales con la realidad local, lo que serviría para justificar la mejor posición en la que éstas se encuentran para ejercer las potestades estatales de manera diferenciada.[9]

Una tercera razón, que ahonda en la necesidad de localización del órgano descentralizado, sostiene que la organización descentralizada otorga la posibilidad de generación local de autoridades estatales. Dicha generación local acercaría el ejercicio de las potestades estatales a la comunidad política local. Ello es parcialmente cierto. Es cierto allí donde las autoridades locales son efectivamente susceptibles de elección por parte de la comunidad.

*e) La autonomía local*

Cuando la descentralización se combina con la elección de la autoridad estatal por la comunidad local, se posibilita un caso de autonomía local. Dependiendo de cuáles y cuántas sean las potestades que se encuentran descentralizadas, la autonomía local podrá acercarse más a la constitución de una organización estatal autónoma y en ese sentido asimilarse a la configuración de un Estado. Típicamente, la descentralización de la potestad legislativa es la que confiere un *plus* de autonomía política respecto a autonomías locales que se limitan a una descentralización administrativa.

El criterio que se erige como un límite entre la forma de un territorio con autonomía local legislativa, esto es, entre el grado sumo de descentralización dentro de un Estado unitario y un Estado componente de un Estado federal, es la titularidad de la posibilidad de ejercer la potestad constituyente por parte de las autoridades descentralizadas.

*f) La forma jurídica del Estado*

La forma jurídica del Estado dice relación con la decisión constitucional de centralizar o descentralizar la organización del Estado, de una manera que la descentralización estatal configure no ya organizaciones parciales periféricas al Estado en su organización central, sino órdenes estatales autónomos respecto del Estado central. A ello se hace referencia con la idea de Estado federal.

[9] Este argumento presupone que los órganos descentralizados tienen su ubicación en dicho lugar geográfico, algo que es contingente para el modelo de la descentralización. Es perfectamente compatible con la descentralización, que el órgano que ejerce potestades locales esté localizado en el mismo lugar geográfico que la organización central y en un lugar diverso de aquel donde su potestad tiene efecto. Sin embargo, esta razón contribuye a construir un modelo de descentralización que parte de la base de que el órgano desconcentrado debe estar territorialmente en la localidad parcial del Estado que a él incumbe, algo que hasta ahora no había sido establecido como necesario.

## 4. El Estado federal

### *a) Concepto, origen y fundamento*

*(i) Concepto*

El Estado federal es aquel que constituye un conjunto de agrupaciones estatales que cuentan con una potestad estatal propia, que se denominan estados miembros o federados, en relación con un Estado central o global.

Pueden observarse, preliminarmente, tres estados involucrados en la organización federal: (a) el Estado federal como un todo; (b) los estados miembros; y (c) el Estado central, que es la parte del Estado federal distinta a los estados miembros, pero no idéntica al Estado federal en la medida que el Estado federal está compuesto también por los estados miembros.[10]

Cada estado miembro debe tener un orden estatal completo y el Estado central cuenta necesariamente con un orden estatal. No obstante esta conclusión preliminar, una de las principales discusiones relativas a la naturaleza del Estado federal gira en torno a la pregunta sobre cuál es la naturaleza estatal del estado miembro. Una respuesta razonable al respecto es aquella que sostiene que no obstante tener el estado miembro la calidad de Estado para el derecho político estatal, no tiene dicha categoría para el derecho internacional.

*(ii) Origen*

Estados Unidos es el primer caso de Estado federal. La forma federal de los Estados Unidos obedece a una de las formas de origen de la estructura federal. Ésta puede producirse como (a) una vinculación entre Estados hasta entonces independientes uno de otro, o puede deberse a (b) una reconfiguración de la forma de organización estatal de un Estado hasta entonces unitario.[11]

*(iii) Fundamento*

El fundamento de la forma de organización federal coincide parcialmente con las razones que existen para la descentralización estatal en general. Particular importancia adicional, vinculada con problemas de identidad nacional, tienen las razones fundadas en la autonomía cultural que la estructura federal posibilita.

[10] Sobre las diversas teorías sobre los miembros del Estado federal, véase Stein, E., *Derecho político* (Madrid: Aguilar, 1973).
[11] García-Pelayo Alonso, M., *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza, 1984), p. 216.

> *En este aspecto, la organización federal es particularmente adecuada para salvaguardar la existencia de naciones culturales en el marco de una organización estatal [...] pues, aquí, cada nación cultural posee, simultáneamente a su patrimonio histórico, un cierto grado de organización política, a través del cual puede salvaguardar su propia existencia nacional.*[12]

En principio, parece contradictorio que una comunidad política que adquiere su identidad de tal justamente mediante la decisión de querer configurar una unidad política, tome la decisión de organizarse mediante una tendencia a la división o separación. La paradójica tensión entre unión y diversidad es inmanente al Estado federal.[13]

***b) Características***

*(i) La Constitución federal*

El Estado federal tiene una Constitución federal, en la cual se establece dicha forma de organización estatal. El que el Estado federal cuente con una Constitución, hace que la forma federal sea una decisión constitucional que presupone una unidad de decisión y no se deja clasificar como un pacto entre los estados partes.[14]

El contenido de la Constitución federal cuenta con ciertas notas distintivas que le son propias: (a) siempre implica la organización del aparato del Estado federal y el reconocimiento de los estados miembros mediante un sistema de regulación de las relaciones entre el primero y los segundos y de los estados miembros entre sí; y (b) la Constitución federal comprende ciertos componentes básicos que las Constituciones estatales deben respetar. Esos componentes se presentan como una exigencia de homogeneidad de las organizaciones estatales de los estados miembros. La formulación de la homogeneidad puede ser positiva o negativa: será positiva cuando exige la incorporación de cierto contenido en las Constituciones estatales, será negativa cuando prohíbe algún contenido. Ejemplo de la primera es la tradicional imposición de la forma republicana y de la democracia como forma de gobierno por los estados miembros. Ejemplo de la segunda, la prohibición de la afectación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución federal (art. 28 LFB).

[12] Ibíd., p. 217.
[13] Ibíd., pp. 218 y ss.
[14] Ibíd., p. 231.

*(ii) La distribución de competencias entre el Estado federal y los estados miembros*

La distribución de competencias es un contenido esencial de la Constitución federal. La distribución se hará tomando en cuenta primariamente un criterio material:

*Materias privativas.* Son las materias que corresponden ya al Estado federal, ya a los estados miembros exclusivamente, que en su caso ejercen la potestad legislativa y las potestades de ejecución. Las materias que típicamente son privativas del Estado federal son: (i) la política exterior; (ii) la administración de las fuerzas armadas; (iii) la política comercial exterior; (iv) el sistema monetario; (v) la normas sobre la organización federal, incluida la solución de conflictos entre el Estado federal y los estados miembros y entre éstos.[15]

*Materias no privativas.* Son las materias que corresponden al Estado federal y a los estados miembros. Esa concurrencia puede deberse a distintas razones. Puede deberse, en primer lugar, a que la potestad legislativa se encuentre en manos del Estado federal y la ejecución en manos de los estados miembros, o viceversa. Puede deberse, también, a que la Constitución federal admite la actuación concurrente del Estado federal y los estados miembros. Ello puede tener las siguientes variables: (a) Los estados miembros pueden actuar mientras el Estado federal no actúe; (b) El Estado federal puede actuar en materias entregadas en principio a los miembros cuando lo establece como "necesario"; y (c) La legislación básica o general corresponde al Estado federal y el desarrollo más concreto y detallado a los estados miembros.

*(iii) Técnica de distribución y solución de conflicto de competencias*

La Constitución federal puede echar mano a alguna técnica de delimitación de las competencias. La más común es la enumeración de un catálogo de competencias reservadas al Estado federal, quedando todas las demás entregadas a los estados miembros. También puede seguirse la solución inversa.

*(iv) Relaciones interestatales*

Las relaciones entre los estados miembros y entre éstos y el Estado federal están marcadas por las siguientes características: (a) son relaciones de derecho interno, de naturaleza constitucional, y no de derecho internacional; (b) dichas relaciones terminan por favorecer la libertad de los ciudadanos del Estado federal, por lo que puede incorporársela como un elemento del Estado de derecho en los

[15] Ibíd., pp. 236 y ss.

Estados federales; (c) en principio los estados miembros participan en igualdad de condiciones en el conjunto federal. Esta característica, sin embargo, tiende a ser limitada, por consideraciones democráticas.[16]

(v) Influencia de los estados miembros en el Estado federal

La influencia de los estados miembros en el Estado federal se concreta a través de la participación de los estados como sujetos en los órganos de la estructura estatal federal. Esa participación se concreta típicamente en la conformación de una cámara federal dentro de la organización legislativa federal. Ello configura al órgano legislativo del Estado federal compuesto, por un lado, por una cámara de representación popular, integrada por representantes del pueblo de todos los estados miembros, y por otro, por una cámara federal integrada por representantes de los estados miembros, ya sea elegidos por el gobierno local o por un procedimiento que típicamente puede estar entregado a la configuración constitucional de los estados miembros. Por ejemplo, la Ley Fundamental alemana establece la provisión de los representantes de la Cámara Federal con delegados de los gobiernos (art. 50 LFB). La Constitución de los Estados Unidos, por otro lado, establece una elección semidirecta por el pueblo del estado miembro de los senadores federales (art. 1 vis a vis enmienda 17 CEEUU). Una de las cuestiones más relevantes de la composición de la cámara federal es que ella debe necesariamente desconocer el criterio de la asignación proporcional a la población de los escaños parlamentarios, al menos parcialmente.

*(vi) Influencia del Estado federal en los estados miembros*

Como rasgos de la influencia del Estado federal respecto a los estados miembros se pueden señalar: (i) la autonomía constitucional de los estados miembros está limitada por la Constitución federal; (ii) es normal que el derecho federal tenga primacía, dentro del ámbito de su competencia, sobre el derecho estatal; (iii) el órgano que resuelve los conflictos de competencia federal-estatal es un órgano federal, típicamente el tribunal constitucional; (iv) la competencia del Estado federal para actuar coactivamente respecto al estado miembro, es vigilarlo e inspeccionarlo.[17]

Desde una perspectiva crítica, el Estado federal tiene la más importante de las competencias estatales,

[16] Hauriou, A., *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Barcelona: Ariel, 1971), pp. 179-180.
[17] García-Pelayo Alonso, M., *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza, 1984), pp. 237 y ss.

*tiene la competencia para determinar su propia competencia. Por consiguiente, puede reducir progresivamente la de los Estados particulares, sea por medio de su legislación federal [...] sea por modificaciones de su propia Constitución. En todo super-Estado federal existe una fuerza centralizadora contra la que los Estados asociados apenas pueden defenderse.*[18]

## 5. El Estado unitario

El Estado unitario es aquel que solamente admite una organización y un ordenamiento jurídico estatal. En dicho caso, las formas que admite la descentralización del Estado no pueden ser de tal magnitud que permitan el surgimiento de otras organizaciones estatales completas dentro del Estado unitario.

### *a) Estado descentralizado y Estado federal*

Las diferencias fundamentales entre un Estado unitario y descentralizado y un Estado federal son las siguientes:

(a) los estados miembros de un Estado federal cuentan con una autonomía constitucional, esto es, cuentan con la potestad constituyente autónoma, característica de la cual carece cualquier localidad autónoma en un Estado unitario. El estatuto de autonomía de las localidades autónomas siempre será, al menos parcialmente, un asunto del Estado federal.

(b) los estados miembros tienen una participación en la formación de la voluntad del Estado federal, típicamente a través de la conformación de la cámara federal. Esa es una participación que no está considerada en un Estado unitario, por más descentralizado que sea.[19]

### *b) El Estado autonómico*

#### *(i) El concepto de autonomía*

El concepto de autonomía es susceptible de dos concepciones. La más amplia considera que la autonomía es una libertad garantizada por el derecho; es la posibilidad de actuar libremente dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece. Sin embargo, esta concepción amplia contribuye muy poco a entender el significado de un Estado autonómico. La concepción estricta de

[18] Hauriou, A., *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Barcelona: Ariel, 1971), p. 177.
[19] García-Pelayo Alonso, M., *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza, 1984), pp. 243 y ss.

autonomía la presenta como una autonomía de tipo político. La autonomía es la particular forma de organización territorial de un Estado, mediante la cual las unidades territoriales particulares ostentan cierto poder político de autorregulación. Ello implica no sólo que la unidad autónoma es regulada por una potestad normativa particular, esto es, que crea normas que tienen vigencia sólo dentro del territorio de la unidad autónoma, sino que dicha potestad normativa es ejercida por órganos que son generados por la propia unidad autónoma.

Siendo aún más estrictos, puede entenderse autonomía como la titularidad de las unidades territoriales parciales, no de cualquier potestad normativa, sino del ejercicio de la potestad legislativa. Esta es la noción propia de autonomía del Estado español como Estado de autonomías.

*(ii) Estado autonómico y Estado federal*

El Estado autonómico se mueve dentro de la descentralización que es posible dentro de un Estado unitario. La diferencia central de un Estado autonómico respecto de un Estado federal es que las unidades territoriales autónomas (comunidades autónomas en la terminología de la Constitución Española) no comprenden entre sus potestades la de darse una Constitución. Eso implica que

> *La norma institución básica de las Comunidades autónomas se encuentra en una ley del Estado, en un Estatuto de Autonomía, mientras que los Estados miembros de una Federación se dan por sí mismos una Constitución en el marco de la federal.*[20]

Bajo este entendido, la comunidad autónoma en el ejercicio de las potestades atribuidas a los órganos descentralizados no se diferencia de un Estado federal. La diferencia radica en que la comunidad autónoma no es autónoma para regular la atribución de dichas potestades, competencia que radica en el Estado central.

En lo que respecta a relaciones entre la legislación estatal y la legislación autonómica y a la distribución de funciones entre el Estado central y la comunidad autónoma, las formas en que se puede configurar y distribuir son esencialmente las mismas que en el Estado federal.

[20] De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona: Ed. Ariel, 1988), p. 247.

### *c) La unidad del Estado como principio constitucional negativo*

La decisión fundamental de organizar el Estado de una forma unitaria se manifiesta en la prohibición de organizaciones locales con una autonomía de grado estatal. De esta manera, el principio de unidad estatal no prejuzga necesariamente sobre el grado de concentración o desconcentración de las potestades estatales, sino que afirma un límite a la descentralización.

El principal límite consiste en que, bajo la forma unitaria, el sistema de fuentes del derecho no puede ser totalmente descentralizado. Ello en la medida que es sólo el Estado central quien puede implementar la descentralización. La vigencia de normas centrales que descentralicen el ejercicio de las potestades hacia unidades territoriales parciales se erige como una necesidad del Estado unitario.

En segundo lugar, en el Estado central debe permanecer la potestad de revocar y volver a centralizar las potestades descentralizadas. La forma en que ello se implementa es la necesaria titularidad por parte del Estado central de la potestad de reforma de la Constitución. Este segundo límite se constituye también en la frontera conceptual entre el Estado federal y un Estado unitario sumamente descentralizado (como el Estado autonómico).

Pueden encontrarse, vinculados a la unidad del Estado, otros límites a la descentralización.

El principio de *solidaridad* entre las unidades territoriales de un Estado unitario es necesaria consecuencia de la comprensión del pueblo del Estado como una comunidad política de iguales. El grado y la forma de descentralización no pueden traicionar la solidaridad estatal.

Vinculado al anterior se encuentra el principio de igualdad entre todas las personas. Un Estado unitario tiene que asegurar una regulación más o menos homogénea para todos sus habitantes. Al menos debe intentar establecer un balance entre las cargas y los beneficios que los individuos obtienen del Estado. La regulación particular para una unidad territorial parcial no puede implicar una regulación más favorable para ciertas personas que no esté racionalmente justificada.

Finalmente, el grado de descentralización no puede afectar el derecho fundamental de toda persona a desplazarse libremente por el territorio del Estado.[21]

[21] Ibíd., pp. 252-253.

## 6. La unidad del Estado en la Constitución Política

La regulación de la forma estatal del Estado de Chile y del grado de descentralización que comprende está regulada por el artículo 3° de la Constitución Política:

> *Artículo 3°. El Estado de Chile es unitario.*
> *La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.*
>
> *Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.*

*a) La unidad del Estado en la Constitución Política*

El artículo 3° de la Constitución Política sostiene que "[el] Estado de Chile es unitario". Así, se fija como un principio fundamental de la Constitución el modelo de organización jurídica del Estado. Al mismo tiempo, dicha disposición cumple el rol de excluir cualquier iniciativa que intente plasmar la estructura federal de organización en nuestro sistema, a menos que venga acompañada de una reforma al artículo que se comenta.

El principio de la unidad jurídica del Estado se ve complementado en el mismo artículo 3° de la Constitución con otros principios y declaraciones relativas a su forma jurídica. Ellos son los principios de descentralización y desconcentración de la administración (inc. 2°) y el principio de regionalización (inc. 3°). Ellos no entran en tensión con el principio de unidad estatal expresado en el inciso 1° en la medida que la descentralización que promuevan se mueva dentro del ámbito propio de un único Estado dentro del territorio de la República de Chile.

*b) La descentralización y desconcentración de la administración*

Según el inciso 2° del artículo 3°:

> *La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.*

Esa norma señala imperativamente la forma de la distribución de las competencias dentro de la administración del Estado. Ello contrasta con la formulación original del precepto, que establecía un encargo no concluyente, utilizando la expresión "la ley propenderá". De ello se desprende que la organización de

la administración no podrá ser centralizada, encargando a la ley que realice tal atribución de competencias utilizando las técnicas de la descentralización y la desconcentración, en sus modalidades territorial o funcional.

Este mandato constitucional debe considerarse a partir de la base histórica de centralización como criterio rector de la organización de la administración del Estado de Chile.

La descentralización es aquella técnica de organización de la administración que atribuye competencias administrativas a órganos que tienen una relación de independencia o autonomía respecto a la administración central del Estado, pese a seguir formando parte del aparato administrativo. Éste ejerce respecto de estos órganos descentralizados ya no un control jerárquico, sino una labor de supervigilancia.[22]

La desconcentración es aquella técnica de organización de la Administración que transfiere competencias administrativas desde órganos superiores a órganos inferiores en la jerarquía de la administración pública, disminuyendo así, pero no eliminando, el grado de subordinación de los primeros frente a los segundos. Los órganos desconcentrados siguen formando parte del aparato administrativo central, que ejerce respecto de estos órganos un control jerárquico.[23]

Tanto la descentralización como la desconcentración son técnicas de organización de la administración del Estado y por lo mismo pertenece su desarrollo,

[22] Daniel Argandoña, M., *La Organización Administrativa en Chile* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1985), p. 87. Como características de la descentralización pueden indicarse las siguientes: (a) el órgano al cual se le atribuye la competencia que se descentraliza tiene personalidad jurídica propia, no es, por tanto, parte de la administración central del Estado; (b) normalmente dicho órgano tiene un patrimonio propio, lo que garantiza la independencia jerárquica respecto de la administración central; (c) su creación es realizada por la ley o la propia Constitución; y (d) la relación que tienen respecto de la administración central es, como se señalará, una relación de supervigilancia y control por parte de la administración central.
La descentralización territorial es realizada tomando la distribución geográfica como criterio rector. El fundamento de la descentralización territorial es que la gestión administrativa local es mejor realizada por órganos independientes respecto de la administración central ubicados allí donde su actuación tiene influencia. Ejemplos de descentralización territorial son las municipalidades (Constitución) y los gobiernos regionales (ley).
La descentralización funcional, por otro lado, es realizada tomando la necesidad de contar con un órgano especializado para la realización de ciertas tareas estatales como criterio rector. Por ello, la atribución de una función especial respecto de la administración central, se cuenta como principal y especial característica de esta técnica. Ejemplos de descentralización funcional son el Banco Central (constitucional) y las superintendencias (legal).

[23] Ibíd., pp. 94 y ss. La desconcentración puede proceder según los criterios territorial y funcional de la misma manera que la descentralización. Ejemplos de administración desconcentrada son los servicios de salud (ley) y los SEREMI (ley).

sistematización y explicación a la disciplina del derecho administrativo. Aquí sólo se revisarán las características generales de la regulación constitucional.

Respecto de la descentralización y la desconcentración se pueden señalar las siguientes características: (a) Son alternativas entre sí. Es la ley la que debe determinar cuál es la técnica más conveniente para la organización correspondiente; (b) Afectan sólo a la Administración y no a todos los ámbitos del Estado; (c) Pueden ser funcionales o territoriales; (d) Es un mandato que debe ser llevado a cabo por la ley. A este respecto pueden plantearse varias cuestiones, por ejemplo, la cuestión de saber si la potestad reglamentaria está obligada por este mandato.

*c) La regionalización*

El inciso 3° del artículo 3° de la Constitución Política dispone:

> *Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.*

Del análisis de tal disposición se desprende que contiene dos normas relativas a distintas cuestiones.

La regionalización es una técnica de organización ya no sólo de la administración pública del Estado, sino dirigida al desarrollo de ciertas competencias autónomas de gobierno, planificación y desarrollo por parte de las unidades territoriales denominadas regiones. Las regiones por tanto son antes que órganos del Estado, unidades territoriales de acción del Estado. Son características de la regionalización como forma de organización territorial el que ésta (a) no es obligatoria, sino que es una norma directiva. Por estar consagrada constitucionalmente y no estar dirigida específicamente a un órgano del Estado, como en el caso de la descentralización y desconcentración, (b) su realización no sólo corresponde a la ley, sino a todos los órganos del Estado.

La segunda parte del inciso 3° del artículo 3° establece una directriz dirigida hacia los órganos estatales, para que consideren en su actuación la variable de la desigual potencialidad de desarrollo con que cuentan las diversas unidades territoriales.[24]

[24] Este artículo se ve reafirmado con lo establecido por el inciso 1° artículo 115 de la Constitución Política, como en el desarrollo posterior que ese mismo artículo hace: "Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos" (inc. 1°).

Las cuestiones que surgen de esta disposición son las de determinar si la desigual potencialidad económica de las regiones exige, en base a este principio, la implementación de acciones afirmativas o discriminación positiva. Para responder a ella, por cierto, debe partirse del límite que establece el artículo 19 N° 22 de la Constitución, que establece la prohibición de discriminación en materia económica.[25]

## Bibliografía

DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. *La Organización Administrativa en Chile.* 2ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1985.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes.* Barcelona: Ed. Ariel, 1988.

GARCÍA-PELAYO ALONSO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado.* 1ª ed. Madrid: Alianza, 1984.

HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas.* Barcelona: Ariel, 1971.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Madrid: Alianza, 1983.

STEIN, Ekkehart. *Derecho Político.* Madrid: Aguilar, 1973.

[25] "La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.
Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras [...]".

# La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España. Notas contextuales

**Rodrigo Ramirez Herrera**
ABOGADO

## I. Introducción

La culminación del proceso de *europeización* del derecho de marcas ha tenido lugar con la publicación de la Versión Codificada del Reglamento de Marca Comunitaria original 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993,[1] en atención a que "ha sido modificado en diversas ocasiones y de forma sustancial",[2] intitulado como Reglamento (CE) N° 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009[3] sobre la marca comunitaria, conforme Texto pertinente a efectos del EEE[4] (en adelante RMC), cuya nueva geografía reordenó su numeración[5] sin alterar su contenido de fondo. Conforme este texto, abordaremos la lectura y análisis de la distribución de la carga de la prueba en los procesos relacionados con el elenco de acciones contenidas en el artículo 96, ex 92 RMC, relativo a los procedimientos civiles sobre violación y validez de marcas comunitarias, en concordancia con el art. 14 RMC, desde un enfoque eminentemente procesal y teórico.[6]

[1] Con entrada en vigencia el 14 de enero de 1994. Cfr. DOCE N° L 11.
[2] Considerando (1).
[3] DOCE N° L 78/1 de 24.03.2009.
[4] Texto normativo aplicable a todo el Espacio Económico Europeo (EEE), que es de especial importancia para los efectos del agotamiento del derecho de marca, que implica que el concepto de *agotamiento comunitario* no sólo está limitado al territorio de la Unión Europea, sino que abarca los países del EEE.
[5] Cuando la numeración haya sido alterada haremos mención del numerando original.
[6] Advertimos que esta monografía seguirá un esquema tradicional, propio de la ciencia jurídica procesal, haciendo mención a conceptos, instituciones y aspectos *internos*, sin perjuicio de haberse utilizado herramientas teóricas *externas* para configurar un planteamiento relativo a las cargas (en especial procesales), cuya riqueza de contenido permite extrapolar sus contornos a figuras indirectamente relacionadas con la distribución de la carga de la prueba, como es la prueba de uso de la marca, cuya naturaleza fáctica (como actividades) es objeto de probanzas, pero cuya naturaleza jurídica es más

## 1. Definición de marca comunitaria[7]

El adjetivo *comunitario*,[8] que acompaña al concepto que entronca el sistema normativo marcario (cuya vertiente procesal probatoria aquí abordamos esencialmente en su faz de aportación), nos permite remitirnos a la Directiva europea que la define (DMC), y a su símil transpuesto contenido en la legislación española, a la que nos referiremos como norma ineludible en este iter expositivo procedimental.

En efecto, a diferencia de lo que acontece con la legislación que regula las patentes de invención (que no define el objeto del derecho, sino sólo los elementos constitutivos de novedad, nivel inventivo, y aplicación industrial de la solución técnica), el derecho marcario positivo define el bien inmaterial sobre el que recae el derecho, en este caso el signo distintivo en sí, de la siguiente forma: "Podrán constituir marcas todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, especialmente las palabras, incluidos los nombres de las personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras" (art. 2, Directiva 89/104 CEE). El art. 4 del RMC, cuyo epígrafe reza "Signos que pueden constituir una marca comunitaria", reitera la definición de la Directiva, con leves matices que no alteran el fondo ni sus extremos conceptuales, limitándose a meros ajustes de contexto.

---

propiamente una carga del titular marcario (en su sentido lato) que una obligación, y cuyo embarazo en su uso genera una excepción procesal, a favor del demandado, basada en hechos demostrables. De esta forma se incardina un mismo concepto, de raíz procesal, a una esfera material, cual es la carga de uso de la marca (inexistente en el sistema chileno), cuyo desarrollo, constituido por una serie de hechos (principalmente vinculados a su utilización en el mercado, entendido como un orden espontáneo de acciones humanas), es objeto de demostración probatoria de parte y de valoración tribunalicia por una regla de juicio.

[7] Las presentes notas tienen especial interés para efectos del análisis y defensa de los intereses marcarios comunitarios de titulares chilenos cuyos productos y servicios tienen presencia en Europa a través de relaciones comerciales liberalizadas, actualmente enmarcadas en el Acuerdo de Asociación de Chile con la Unión Europea suscrito el 18 de noviembre de 2002.

[8] El art. 1.2 del RMC dispone que "la marca comunitaria tendrá carácter unitario. Producirá los mismos efectos en el conjunto de la Comunidad: sólo podrá ser registrada, cedida, ser objeto de renuncia, de resolución, de caducidad o de nulidad, y sólo podrá prohibirse su uso para el conjunto de la Comunidad". En su faz negativa, se grafica este principio de unidad por la expresión todo o nada acuñada por Hackbart (Alles-oder-nichts), enunciable así: basta que en un país de la Comunidad prospere una oposición, para que la solicitud de registro sea rechazada para toda la Unión Europea, lo que en su faz positiva importa que su concesión es *in totum*, para todos los Estados que componen (en el presente y futuro) el sistema comunitario. Consecuentemente, una marca comunitaria concedida sólo puede cederse, caducarse o anularse para todos los Estados miembros, existiendo imposibilidad de procesos de parcialización de sus efectos "salvo disposición contraria de Reglamento" (art. 1.2, in fine, RMC).

A su turno, el artículo 4.1 de la Ley española de Marcas de 2001 (LM) define la marca (concordando el texto nacional con la Directiva) así: "Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras". Agregando, en el apartado 2 del mismo artículo, casos particulares de signos marcarios.

La naturaleza del bien inmaterial (marca), que es objeto de titularidad dominical exclusiva de naturaleza territorial y temporal, con su componente negativo excluyente de *jus prohibendi* (traducido, correlativamente, como un deber de abstención general de usar dicho bien inmaterial en el tráfico jurídico, por cualquiera ajeno a su titular, sustraído temporalmente del régimen de libertad competitiva), configura los extremos de las acciones (pretensiones) procesales destinadas a protegerlo de infracciones, y efectuar juicios valorativos sobre su validez (pasibles de caducidad y nulidad), lo que genera peculiaridades derivadas de su naturaleza, las cuales se radican en una legislación especial (RMC), que en ciertos ángulos, y por remisión, modifica o cede paso al régimen procesal civil común (Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC), principalmente desde un punto de vista competencial (de conocimiento y ejecución), procedimental (conforme leyes nacionales) y de legislación de fondo aplicable (dependiente de la norma interna y del derecho internacional privado).

## 2. Cuadro normativo del Sistema Procesal Comunitario de Marcas, con referencia al derecho español

Para los efectos expositivos, estimaremos el Sistema Procesal Comunitario de Marcas como aquel complejo normativo de distintos rangos jerárquicos que, en conjunto, regulan las situaciones procesales surgidas con relación a una contienda actual entre partes, relativa a la validez y/o a la infracción de marcas comunitarias.

Esta arbitraria definición tiene por objeto incluir, dentro del esquema normativo, todos los textos, inclusos los relativos a la fase contenciosa administrativa ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), y las fases de discusión ante los tribunales estatales de marca comunitaria. El esquema general es el siguiente: a) Tratado de Roma,[9] b) Primera Directiva Comunitaria de Armonización de Marcas 89/104 CEE,[10] de 21 de diciembre de 1988 (DMC),

[9] Su inclusión, más allá de su naturaleza constitutiva, se justifica únicamente para presentar el bloque normativo completo que, para estos efectos, dice relación con la cuestión prejudicial de interpretación.

[10] DOCE N° L 40, de 11.02.1989

c) Reglamento (CE) N° 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009[11] sobre la marca comunitaria, conforme Texto pertinente a efectos del EEE, d) Reglamento (CE) N° 2868/95 de la Comisión del 13 de diciembre de 1995, que establece normas de Ejecución del Reglamento 40/94, actual RMC 207/2009 l, e) Reglamento (CE) N° 216/95 de la Comisión de 5 de febrero de 1996, por el que se establece el reglamento de procedimiento de la Sala de Recursos de la OAMI, f) Reglamento (CE) N° 355/2009 de la Comisión de 31 de marzo de 2009, que modifica el Reglamento (CE) N° 2869/95, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Diseños y Modelos), g) Leyes de marcas nacionales.[12] En el caso español: Ley 17/2001 de 7 diciembre de 2001, h) Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas,[13] i) Ley de Patentes española 11/1986 de 20 de marzo de 1986 (por aplicación de la disposición adicional primera de la ley de marcas española), j) Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio modificatoria de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, k) Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 del 7 de enero de 2000, l) Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, m) Convenio de la Unión de París de 1883.

De los textos normativos, sólo es posible hablar (en puridad) de un derecho procesal marcario de carácter comunitario unificado, tratándose de las vías de afectación de validez de una marca comunitaria, por nulidad o caducidad, en sede administrativa por vía directa ante la OAMI y, más propiamente, el procedimiento de reclamación ante las Salas de Recurso de la OAMI (arts. 58 a 65, ex 57 a 63 RMC), quedando abierta la posibilidad de un contencioso administrativo entre parte interesada y la OAMI (como órgano comunitario) ante el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea, por aplicación del art. 255 del Tratado de Roma, con la posibilidad de un último recurso ante el TJCE conforme lo autoriza el art. 230 del mismo Tratado, y 65, ex 63, del RMC.

La otra vertiente, no unificada, es la que deriva del Título X del RMC intitulado "Competencia y Procedimiento en materia de acciones judiciales relativas a la marcas comunitarias", que contiene las principales normas procesales de carácter comunitario, las que, necesariamente, deben analizarse complementa-

[11] DOCE N° L 78/1 de 24.03.2009.
[12] Para una síntesis de las leyes de marcas de los Estados miembros cfr. *Marca Comunitaria. Competencia, procedimiento y derecho internacional*, SORIANO GUZMÁN, Francisco José, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Comares, Granada, 2006, pp. 75 a 77.
[13] BOE núm. 167, 13.7.2002

riamente (o mejor dicho, directamente luego de la remisión, pues no complementan, sino que derechamente regulan el procedimiento) con las legislaciones nacionales de cada país, del respectivo Tribunal de Marca Comunitaria.

Finalmente, el art. 96, ex 92, RMC, que reglamenta la competencia en materias de validez y violación, otorga a los tribunales nacionales de marcas comunitarias la competencia exclusiva en las materias allí consignadas, lo que generará que las sentencias de instancia superior de cada país (y que deben tender a la uniformidad jurisprudencial) serán diferentes en razón "que a falta de normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro (...) regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho Comunitario".[14]

### 3. Tribunales competentes y derecho aplicable[15]

El Sistema Comunitario de Marcas no es unitario en su sede competencial. El RMC establece la creación de tribunales especiales, denominados tribunales de marcas comunitarias, encargados de conocer y fallar asuntos relativos a la validez y violación de marcas comunitarias. Se estructuran según el esquema interno de cada Estado Miembro (art. 95, ex 91, RMC) y son tribunales nacionales, no de naturaleza comunitaria, como pudiera pensarse por su denominación (como sí lo es, v. gr., el TJCE), extendiendo su jurisdicción dentro del territorio de su respectivo Estado, sin perjuicio del efecto de dichas resoluciones en todo el territorio de la Unión Europea, cuando el tribunal sea competente para pronunciarse sobre los hechos cometidos, o que intenten cometerse, en el territorio del Estado miembro, en los supuestos del art. 98, ex 94, RMC.

Sin perjuicio del fraccionamiento enunciado, el sistema es ventajoso, pues conforme el principio de Unidad del art. 1.2. RMC, el titular de una marca comunitaria (en caso de violación de la marca en varios Estados por un mismo infractor) no requiere dirigirse a todos los tribunales de marca comunitaria de esos Estados, siendo sólo necesario que se dirija ante el tribunal que internacionalmente resulte competente (según aplicación de las reglas del art. 97, ex 93), y cuyas resoluciones tendrán imperio, y serán ejecutables en todo el territorio de la Unión Europea, conforme los convenios de ejecución (Reglamento (CE) 44/2001).

[14] Cfr. STJCE de 9. 11.1983, -*As. San Giorgio*- y STJCE 19.11.1991, -*As. Francovich*-.

[15] Cfr. "Las competencias del tribunal de marca comunitario", FUENTES DEVESA, Rafael, AAVV, *La marca comunitaria, modelos y dibujos comunitarios. Análisis de la implantación del Tribunal de Marcas de Alicante*, Dir. SOLER PASCUAL, Luis, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 311 y sgtes.

Respecto del derecho aplicable, conforme dispone el art. 101.1, ex 97, RMC, en primer término es la normativa del propio Reglamento de Marca Comunitaria la llamada a aplicarse, reservándose la aplicación del ordenamiento jurídico nacional respectivo (incluyendo su Derecho Internacional Privado) para todas las cuestiones que no entren en el ámbito de aplicación del Reglamento, según establece el apartado 2 del mismo artículo.

En materia procesal, y salvo que el RMC contenga otra norma (de las que carece, sobre procedimiento judicial unitario), el Tribunal de marcas respectivo aplicará las normas procedimentales aplicables al mismo tipo de acciones, en materia de marca nacional, en el Estado Miembro del territorio en que se radique el tribunal del caso (101.3, ex 97, RMC), lo que, con relación a estas notas, se refiere a la normativa del derecho probatorio, inclusa la distribución de su carga en la aportación, según la LEC española.

De esta forma, el aspecto relativo a la carga probatoria en los procesos civiles relacionados con marca comunitaria, no queda gobernado por la normativa comunitaria, en cuanto es uno de los extremos del derecho probatorio, cuya regulación queda entregada a las reglas del derecho nacional aplicable en cada caso, con el componente (distorsionador) de existir distintas concepciones sistemáticas de los elementos del derecho probatorio, no uniformes en los distintos ordenamientos (en el sentido que, v.gr., la carga de la prueba sea una materia sustantiva civil, con vías de corrección mediante recursos relacionados con normas de fondo, o como ocurre en España, se trate de una materia conceptual y sistemáticamente procesal, tratada en la LEC, como norma supletoria que será la definitivamente aplicable o sobre normas de inversión de la carga probatoria), y que haremos mención en *infra* II. 2.2.

## II. Acciones procesales relacionadas con la marca comunitaria, según el RMC

### 1. Acciones de defensa de la marca comunitaria de competencia de los tribunales de marca comunitaria

#### *1.1. Competencia*

El sistema competencial por materias del RMC está estructurado para que sólo algunos litigios en materia de marca comunitaria sean de competencia de los tribunales *comunitarios* (art. 106, ex 102, RMC), los que tendrán la competencia exclusiva[16] por sobre cualquier otro órgano del sistema jurisdiccional del

[16] La exclusividad no implica que dichos tribunales conozcan únicamente de dichas acciones. En el

Estado Miembro (que, en razón de territorio, podrían serlo de no existir esta norma).

El art. 96, ex 92, RMC, dispone la competencia de los tribunales de marca comunitaria para el conocimiento y fallo de dos materias específicas: Acciones de violación de marca comunitaria y acciones relativas a la validez de la marca comunitaria.

Cualquier otra acción, distinta de las enunciadas en el art. 96, ex 92, RMC,[17] será conocida por los tribunales que, en el Estado de que se trate, tendrían competencia territorial y de atribución si se tratara de acciones relativas a sus respectivas marcas nacionales, lo que, en el caso español, corresponderá (en materias de marca comunitaria distintas de las del art. 96 ya citado) a los Juzgados en lo Mercantil con competencia territorial.

### *1.2. Acciones del artículo 96, ex 92, RMC*[18]

Las acciones por violación de marca comunitaria no están reguladas en el Reglamento. El art. 14 RMC efectúa, tan sólo, una remisión a las normas jurídicas de los sistemas de marcas nacionales de los países comunitarios, abarcando tanto los tipos de acción, como el procedimiento, sin perjuicio que el propio RMC, arts. 101 y sgtes., ex 97 y sgtes., establezca estándares mínimos de carácter unitario.[19]

Para establecer las clases de hechos, relacionados con los tipos de pretensiones, a partir de estos preceptos básicos (que a su vez confieren competencia por materias a los tribunales de marca comunitarios) es preferible sostener una taxonomía uniforme, amparados en el concepto de *pretensión*, con sus elementos objetivos *causae petendi* (o causa de pedir) y el *petitum* o pretensión concreta solicitada al juez. Los hechos que configuran la *causae petendi* (o las declaraciones sobre los hechos, según se prefiera) serán el objeto de la prueba,

caso del Tribunal de Marca Comunitaria, implica que la jurisdicción de la Marca comunitaria podrá conocer de materias distintas de las del art. 96, ex 92, por vía de acumulación de acciones: Cfr. ATMC N° 15/06, 13.02.06, *-As. Chatka-*.

[17] Sin perjuicio que, para una visión global y por claridad expositiva, hayamos hecho mención a la alegación en sede administrativa ante la OAMI, vía acción de caducidad o nulidad marcaria *directa*, las dejaremos fuera del análisis competencial, en razón de abocarnos al sistema procesal civil, haciendo presente los puntos de contacto, en cuanto al contenido de fondo de las pretensiones (de caducidad y nulidad, ambas afectatorias de la validez marcaria).

[18] Cfr. para el estudio de estos aspectos: SORIANO GUZMÁN, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Marca Comunitaria ... op. cit.; La protección jurisdiccional de la marca*, ALCAIDE DÍAZ-LLANOS, Ricardo, Colex, Madrid, 2003, y VELAYOS MARTÍNEZ, *El Proceso, op. cit.*, pp. 176 y sgtes.

[19] Cfr. FERNÁNDEZ-NOVOA, *El sistema de marca comunitaria*, Madrid, Montecorvo, 1995, p. 243.

en cuanto sucesos del mundo real que serán acreditados por los medios idóneos, y aceptados por cada sistema, y valorados conforme las reglas de cada Estado, mediante aportaciones que, tanto las partes a través de su derecho fundamental a probar, manifestado como un poder en la carga de hacerlo, como el juez a través de sus facultades (o poderes) oficiosas para establecer los hechos, llevarán a cabo en el proceso.

El esquema de pretensiones,[20] conforme la estructura del RMC, lo definiremos en relación con el ordenamiento español, para luego entrar de lleno en el análisis de la distribución de la carga probatoria de los hechos pertinentes, para cada clase de pretensión, en *infra* IV.

El artículo 96, ex 92 RMC, letras a) y b), se refiere a acciones cuya naturaleza jurídica se identifica con las obligaciones extracontractuales (o no contractuales), sin referirse al objeto procesal mismo, al carecer de especificación las peticiones procesales que son el elemento objetivo de la pretensión, que pueden hacer viable la defensa de un derecho de marca en concreto, a resultas de su violación (infracción consistentes en actos contrarios al *jus prohibendi* del art. 9 RMC)[21] entendida en términos genéricos.[22] Y, lo que señala el precepto, es un reconocimiento *in genere* al derecho a tutela judicial ante el tribunal de marca comunitaria, tanto para aquel que ha sido afectado por una infracción consumada o con su iter en curso, o bien cuando un sujeto está siendo requerido por un titular de derechos marcarios para que cese un hostigamiento, que se pide declarar inexistente, con las condicionantes que, para el intento de violación (art. 96, a), in fine), y la acción de inexistencia de violación o negatoria (art. 96, b)) sea reconocida legalmente en el Estado de la Unión Europea donde se

[20] Siguiendo el criterio doctrinal estándar, los tipos de tutela jurisdiccional incardinan con tres tipos de pretensiones, con sus respectivos procedimientos: a) de cognición (la que según el contenido del *petitum* pueden ser a su vez, pretensiones de mera declaración, constitutivas o de condena), b) de ejecución y c) de cautela. En el caso de los apartados del art. 96 ex 92 RMC, que ahora revisamos, la fórmula clasificadora dependerá del contenido de las respectivas legislaciones estatales (cosa diferente a lo planteado en la letra c) del mismo artículo) y, que con relación al derecho español, revisamos en *infra* III.

[21] Los actos que constituyen los supuestos fácticos de infracción de marca comunitaria, son deberes correlativos de abstención incumplidos (en general, de no concurrir al mismo mercado con idéntico o similar signo y mismo o similar producto o servicio) frente al titular del derecho de exclusiva, quien tiene un derecho subjetivo para prohibirlos, a partir del momento en que varía la *posición normativa* desde una libertad (libertad concurrencial en el mercado) a un derecho subjetivo dominical, y temporal (propio de los derechos de propiedad industrial, aunque en marcas se diferencia con la nota de la renovación por pago de tasas). EL RMC sí regula los actos que implican infracción de marca, pero no regula las acciones (mejor dicho las pretensiones) que pueden ejercitarse para protegerla (remitiéndonos al derecho interno). Así el art. 14.1. dispone que "los efectos de la marca comunitaria se determinarán exclusivamente por las disposiciones del presente reglamento", efectos que son regulados en los arts. 9 y siguientes (Efectos de la marca comunitaria), y que establecen los derechos de exclusiva, pero sin acciones concretas de protección, las que en el caso español serán revisadas más adelante.

[22] Cfr. VELAYOS MARTÍNEZ, El proceso... op. cit. p. 176.

intentará ejercer la demanda, dado que esas pretensiones se deben ajustar a dicho ordenamiento jurídico nacional, incluyendo la normativa de prueba de los hechos, que son la causa de pedir (respecto de la justificación sistemática de la carga de la prueba en sede procesal, cfr. infra III.1.).

Para finalizar, el art. 96 recién citado, en su componente extracontractual o aquiliano, debe confrontarse con dos disposiciones que han sido recurrentes: los arts. 14.1 *in fine* y 101.2 , ex 97.2, lo que implica que en los procesos por violación de marca comunitaria los tribunales competentes deberán aplicar su ordenamiento jurídico nacional, que en el caso de procesos de intento de violación o de declaratoria de inexistencia de intento o violación "el tribunal de marcas comunitarias aplicará la legislación del Estado miembro, incluido su derecho internacional privado, en que se hubieren cometido los actos de violación o intento de violación" conforme dispone expresamente el art. 102.2, ex 98.2, RMC, lo que en definitiva significa que el objeto del proceso tendrá como pretensiones concretas aquellas definidas en la ley nacional del Estado de la Unión Europea, en donde se hubieren producido los actos que atentaron contra la marca, pudiendo con ello incorporar al proceso de violación de marca comunitaria, intento de violación o inexistencia de ellas, las pretensiones que deriven de las acciones por responsabilidad civil y competencia desleal admitidas en tales Estados, y a las normas (en teoría legal) de la ley nacional a que remita el derecho internacional privado del Estado en donde se cometió la violación (normalmente las normas de conflicto responden con la *lex loci deliciti commissi*).[23]

El apartado c) del art. 96, ex 92, RMC, está referido a "cualquier acción entablada a raíz de hechos contemplados en el artículo 9, apartado 3, segunda frase", vale decir, acción por causa de actos consumados o tentados de violación de marca comunitaria en fase de solicitud, pero publicada en el Registro respectivo de la OAMI. Este apartado se refiere, específicamente, al tipo de pretensión condenatoria al pago de una *indemnización razonable* por los daños producidos (art. 9.3, RMC). Se exige, para que la sentencia estimatoria tenga cosa juzgada, que deba ser efectivamente registrada la marca.

Finalmente, el apartado d) del art. 96, relativo a materias de validez de la marca comunitaria, dispone (en un cambio de técnica legislativa)[24] el reconocimiento de pretensiones específicas de nulidad y caducidad de la marca comunitaria,

[23] A estas conclusiones recién citadas llega VELAYOS MARTÍNEZ, en *El proceso...*, op. cit., p. 176, citando también a DESANTES REAL, Manuel, "Comentarios al art. 98 RMC", en *Comentarios a los Reglamentos sobre marca comunitaria*, coords. CASADO CERVIÑO, A., LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, 2ª edición, Madrid, 1995, p. 899.

[24] Se justifica esta variación porque, tanto la nulidad como la caducidad son reguladas por el RMC,

mediante el vehículo procesal de las demandas de reconvención (que implica un necesario impulso de reacción defensiva de contrademanda frente a iniciativa de parte por otra *causae petendi*), dado que la competencia para estas pretensiones ejercitadas por vía de demanda directa le corresponde a la OAMI, exclusivamente.

### *1.2.1. Acciones por violación de marca comunitaria, según el estatuto jurídico español, por remisión del artículo 14.1 in fine RMC*

El catálogo de pretensiones a que da lugar el derecho de acción, por remisión del RMC, está contenido en la Ley 17/2001 de Marcas,[25] y requiere algunos supuestos previos:

El concepto de *acto de violación de marca* es un concepto técnico, que constituye la condición de aplicación de un elenco de pretensiones protectivas propias del derecho español (o del derecho nacional que corresponda, *mutatis mutandi*).

El acto de violación de una marca es un hecho (o un complejo de hechos) cuyo contenido debe reunir requisitos copulativos: a) Utilización de un tercero ajeno al titular marcario de una marca idéntica o semejante al signo registrado; b) Utilización en productos o servicios idénticos o similares;[26] y c) Debe producirse un riesgo de confusión en el mercado (incluye el riesgo de asociación).[27] Si un hecho se ajusta a las condiciones expuestas se está frente a un acto de violación, usurpación o infracción.

1.2.1.1. Pretensiones declarativas (positivas y negativas)

Consisten en una mera declaración de voluntad por la que se solicita del juez un pronunciamiento acerca de la existencia o inexistencia de un determinado derecho subjetivo o relación jurídica.[28] Son de esta clase las siguientes:

---

y si se relaciona el art. 96, ex 92 d), con los *lex fori* y *lex causae* de los Estados miembros de la Unión Europea, el art. 14.1. in fine RMC no rige, siendo desplazados los derechos nacionales por la norma comunitaria, pues se trata de *causaes petendi* fundadas en la falta de cumplimientos de requisitos de existencia y validez de la marca comunitaria señalados en el propio RMC, que es autónomo y afinca el principio de Unidad.

[25] BOE N° 294, de 8 de diciembre de 2001.

[26] La *similitud* es un concepto jurídico indeterminado, cuyas notas características distintivas son establecidas por vía jurisprudencial según estándares de cada Estado. V. gr. existe similitud de productos cuando la composición de los productos es la misma, aunque los productos sean diferentes o bien dos productos son similares cuando cumplen la misma función, aunque su composición sea distinta. Lo destacable es fijar los hechos que deberán probarse para efectos de establecer la *similitud*, y la carga de demostrarlo, en una dinámica ajustada a los criterios calificativos como los expuestos, que de ordinario corresponderá al que lo alega.

[27] Cfr. art. 34.2. letras a), b) y c).

[28] Cfr. por todos, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 127.

a) Acción declaratoria positiva de carácter general, innominada, no regulada en la Ley de Marcas (LM), ni en la Ley de Patentes (LP), por lo que se aplica analógicamente el art. 18. 1ª de la Ley 3/1991 de competencia desleal,[29] pues la violación de una marca entraña siempre un acto de deslealtad.

b) Acción negatoria o de jactancia: No está regulada en la LM, pero sí contenida en el art. 127 de la LP, que es aplicable por remisión expresa a materias marcarias por la Disposición Adicional 1ª de la LM, destinada a la comprobación de una inexistencia de violación.[30]

c) Acción de nulidad absoluta de marca comunitaria, por vía de reconvención. Se trata de una pretensión declarativa pura, positiva, que basa su solicitud procesal en sede civil, en el art. 52, ex 51, RMC.

1.2.1.2. Pretensiones de condena (positivas y negativas): Persiguen la imposición al demandado de una obligación de cumplir una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 5.1 LEC).

a) Acción de cesación de actos de infracción: Acción negativa (de no hacer), regulada en el art. 41 LM, es una pretensión de condena típicamente negativa destinada a obtener una orden judicial por la que se condene al violador de la marca a cesar en su infracción. En materia probatoria, exige probar el acto de perturbación de la marca, sin que exista inversión de la carga, correspondiéndole al titular de la marca afectada probar los hechos constitutivos de la pretensión y su subsistencia en el tiempo (y que constituyen la infracción al *jus prohibendi*), conforme las reglas generales de la LEC.

b) Acción de prohibición (negativa) de actos infractores aún impracticados (art. 9 RMC y 34 LM): Al no ser posible la demanda de cesación, se aplica la acción negativa, el art. 18 2ª de la Ley de Competencia Desleal, para la prohibición del acto si aún no se ha puesto en práctica.

c) Acción de indemnización por daños y perjuicios (positiva): Regulada en los artículos 41.1 b), 42 y 43 LM.

[29] BOE N° 10, de 11 de enero de 1991.

[30] Esta pretensión puede tener contenido de negación fuerte (o sustancial, con la introducción de un positivo opuesto), pues puede implicar no sólo la afirmación de que los hechos no han existido (que implica a su vez una prueba de la negativa, de la no-infracción), sino que también puede implicar que existiendo los hechos no sean una violación de un derecho de marca (calificación jurídica mediante), sea porque no se dan los supuestos para la hipótesis infraccional, sea porque el actor de jactancia tiene un derecho oponible al demandado (titular requirente), que implica la prueba de hechos que fundan el derecho material.

d) Acción prohibitoria o de remoción (positiva): Regulada en el art. 41 c) LM, tiene por finalidad la eliminación del tráfico jurídico de todos los vestigios de la infracción de marca. Es complementaria a la acción de cesación y comprende una pretensión de hacer (eliminación de los vestigios). Permite, alternativamente, al perjudicado solicitar el embargo o la destrucción de los medios "principalmente destinados a cometer la infracción". Desde el punto de vista probatorio le corresponderá al actor acreditar la infracción (sus hechos constitutivos), y el peligro que se reiteren los efectos en el tiempo.

e) Acción de destrucción o cesión con fines humanitarios (positiva): El art. 41.1 d) LM establece la destrucción o la cesión con fines humanitarios de los productos marcados con el signo distintivo infringido, a elección del perjudicado.

f) Acción de atribución de propiedad de los productos embargados (positiva): Regulada en el art. 41.1 d) LM, tiene finalidad resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos por el titular de la marca infringida. La prueba girará en torno a cuantías de bienes y compensaciones económicas, de naturaleza esencialmente pericial.

g) Acción de publicación (positiva): El art. 41.1 f) lacónicamente establece el derecho a la publicación de la sentencia. Su naturaleza es resarcitoria del daño moral.

1.2.1.3. Pretensiones constitutivas: Están dirigidas a obtener la creación, modificación o extinción de una determinada relación, situación o estado jurídico. Se pretende la creación de una consecuencia jurídica que antes no existía, y que sólo se puede originar (*ex nunc*) a través de la sentencia. El art. 100, ex 96, RMC con relación al art. 96 d), ex 92, RMC, permite el ejercicio de las acciones de anulablidad (motivos de nulidad relativa) y caducidad, únicamente por la vía reconvencional, basadas en los arts. 51 a 55, ex 50 a 54, RMC. La acción de nulidad absoluta es declarativa y se funda en el art. 52 RMC.

## 2. Normas procesales y procedimientos aplicables

### *2.1. Normas procesales del RMC*

El principio de partida es que, salvo disposición en contrario del RMC, los Tribunales de Marca Comunitaria deberán aplicar a los procedimientos de su competencia las mismas normas procesales que deben aplicar los tribunales competentes nacionales para los procedimientos aplicables para el ejercicio de pretensiones idénticas relativas a las marcas nacionales. Vale decir, las acciones del art. 96, ex 92, RMC no tienen impuesto un tipo de procedimiento único

y común aplicable a todos los Estados miembros (art. 101, ex 97, RMC), y el estándar[31] es, en consecuencia, la falta de procedimiento común y la aplicación del derecho procesal nacional.

En este orden de ideas, las primeras normas aplicables, por lo tanto, son las del RMC, que tienen aplicación preferente conforme el artículo 101 N° 3, ex 97, RMC. De esta forma, los preceptos procesales aplicables, en primer término, conforme el Título X sobre competencia y procedimiento en materia de acciones judiciales relativas a marcas comunitarias del RMC, son los siguientes: arts. 94, ex 90; 97, ex 93; 98, ex 94; 99, ex 95.3; 100, ex 96, N$^{os}$ 1.2.3.4.5 en relación con el art. 57, ex 56, N$^{os}$ 6 y 7; 101.1, ex 97.1; 103, ex 99, y 104, ex 100.

En materia probatoria, el RMC no contiene una norma que permita establecer alguna aplicación preferente, por lo que corresponde aplicar las normas internas de cada Estado miembro, conforme su ordenamiento interno, y que en lo referente al Estado Español revisamos en *infra* IV.

### *2.2. Normas procesales de la ley española aplicables a los procedimientos de marca comunitaria*[32]

No existe en el derecho español un procedimiento especial destinado a tramitar los litigios de propiedad industrial en general, ni marcarios (comunitarios y/o españoles) en particular, siendo aplicable el juicio ordinario por supletoriedad, con matices de especialidad relacionados con las diligencias de comprobación de hechos (arts. 129 a 132 LP con relación al art. 103, ex 99.1, RMC).

El principio rector de la *lex fori* procesal estructura el canon de enjuiciamiento civil de los litigios derivados del ejercicio de acciones del art. 96, ex 92, RMC, que no tienen impuesto un tipo de procedimiento común aplicable a todos los Estados miembros, por lo que se debe tramitar de la misma manera como si se tratara de una causa por infracción de marca española.

[31] Con esto queremos decir que lo que sirve de procedimiento de referencia para estos litigios son los respectivos sistemas procesales civiles nacionales, por cuanto falta un proceso unitario transnacional comunitario. El hecho que no exista este proceso único (que podría haberse implementado en el RMC, para ser aplicado por los distintos tribunales de marca comunitaria nacionales) lo estimamos en un sentido de negativa fuerte (*intensional*), que se refleja en su faz positiva, del patrón procesal nacional fragmentario. De ahí el uso de la voz estándar.

[32] Cfr. El proceso Civil sobre competencia desleal y propiedad industrial (aproximación a la incidencia de la LEC de 2000 y de la Ley de marcas de 2001), BELLIDO PENADÉS, Rafael, Civitas, Madrid, 2002, pp. 133 y sgtes.; Protección del Derecho de Marcas (Aspectos procesales), BARONA VILAR, Silvia, Civitas, Madrid, 1992, y VELAYOS MARTÍNEZ, El Proceso..., op. cit., pp. 204 y sgtes.

Este principio es inmutable, y es independiente de la nacionalidad de las normas de fondo destinadas a resolver el conflicto, pues por disposición del art. 101, ex 97, RMC, las normas de derecho internacional privado aplicables pueden hacer que las normas de fondo sean otras (v. gr. la ley del *forum damni*)

En consecuencia, el proceso sobre propiedad industrial, consignado en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC) aplicable a los procesos sobre violación y validez (por vía reconvencional) de marca comunitaria, y como normativa supletoria de los procedimientos ante los Tribunales de Marcas Comunitarias españoles, se basa en el siguiente bloque regulatorio.

a) Art. 249 N° 4 de la LEC: Son aplicables los trámites del procedimiento ordinario para el conocimiento y fallo en las contiendas civiles entre partes relativas a derechos de propiedad industrial. Esta disposición constituye la norma residual y supletoria en la materia, de forma que, no existiendo un texto especial que disponga otra forma de procedimiento, para los efectos de conocer y resolver asuntos marcarios (nacionales y/o comunitarios), se aplicará el procedimiento ordinario, inclusa su fase probatoria.

b) Disposición Adicional 1ª de la Ley de Marcas 17/2001: Contiene una norma de remisión al Título XIII de la Ley 11/1986 sobre patentes, que será aplicable a los signos distintivos en todo aquello que no sea incompatible con su propia naturaleza a excepción del art. 128 de dicha Ley de patentes, vale decir, se aplican los arts. 123 a 142, con dos excepciones: la del art. 128 LP, que comprende únicamente el informe que puede solicitar el Juez al Registro de Propiedad Industrial o a la posible designación, por ese organismo, de un experto, y la excepción general de normas incompatibles con la naturaleza marcaria, lo que descarta aplicar normas procesales que se refieren únicamente al supuesto de las invenciones (ej. arts 140 a 142 LP sobre invenciones laborales).

c) Art. 125.1 LP: Los litigios civiles que puedan surgir al amparo de la Ley de Patentes se resolverán en el juicio que corresponda conforme la LEC.

d) Art. 217.6 LEC: Esta disposición regula la carga de la prueba, y dispone que "Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes", por consiguiente, estas reglas de la LEC, sobre *onus probandi*, se aplican a los procedimientos marcarios.

## III. Las cargas procesales y, en especial, la carga de la prueba en los procesos civiles de marca comunitaria

### 1. Justificación sistemática del análisis del *onus probandi* en sede procesal civil

El texto derogado del Código Civil español (ex art. 1214 CC), que rezaba "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción a quien se opone", generó intensas discusiones doctrinarias en cuanto a su naturaleza, pues se encontraba en un estatuto de carácter sustantivo, lo que unido a que la norma adquiría sentido cuando se ponía en conexión con hechos concretos a los que se refería, implicaba, consecuentemente, que tenía una naturaleza sustantiva. Este fenómeno (aún hoy) no es ajeno en el derecho comparado[33] de corte romanista, y se continúa considerando, en algunos sistemas, a las normas reguladoras de la prueba como leyes sustantivas en materia civil (con sus consecuencias relacionadas a su pasibilidad infraccional en sede casación fondo y no forma), que regulan, conforme disposiciones generales, todo tipo de situaciones, además de contar con algunas disposiciones específicas sobre casos especiales, lo que en materia de marca comunitaria es un antecedente que debe considerarse de manera preponderante al momento de analizar el sistema completo, pues la aparente complementariedad del sistema nacional con el comunitario, en lo que a derecho probatorio se refiere, no es tal, y depende absolutamente de los derechos nacionales y sus naturales fraccionamientos normativos.

En el derecho español, aun antes de la celebrada norma del art. 217 de la LEC, la doctrina ya se decantaba por estimar que el fondo normativo del ex 1214 CC era procesal y no material, "ya que sólo desplegaba sus efectos en el seno del

[33] V. gr. a) En América el art. 1698 del Código Civil chileno (de inspiración napoleónica, y de gran influencia en códigos latinoamericanos) dispone: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta". Este texto es la espina dorsal de la prueba en materia sustantiva civil, cuya sede de análisis ha sido tradicionalmente el derecho civil sustantivo. b) El art. 2697 del Código Civil italiano establece la regla general según la cual la parte demandante tiene la carga de probar los hechos que sustentan su demanda, y si la otra parte objeta la ineficacia de esos hechos o que el derecho reclamado ha sido modificado o extinguido, ésta tiene la carga de probar los hechos que sustenta su defensa. c) En Francia acontece algo similar [aunque con otra ubicación sistemática] en el Código de Procedimiento Civil, que establece que cada una de las partes tiene la carga de probar los hechos necesarios para mostrar que sus pretensiones están bien fundadas, lo que en sede material el art. 1315 del Código Civil francés se expone como que el demandante debe probar la base de su reclamación y el demandado debe probar la base de su defensa. d) En Alemania no existen disposiciones generales sobre la carga de la prueba, lo que ha generado discusiones teóricas e intentos por definir los fundamentos y significado de este concepto, siendo hoy la teoría *Normentheorie* la más aceptada, según la cual en cualquier situación regulada jurídicamente, cada parte tiene que probar los hechos que constituyen la premisa para aplicar la disposición que produce el efecto favorable para ella. Cfr. sobre este aspecto probatorio: TARUFFO, *La Prueba*, op. cit., p. 147.

proceso, pues a diferencia de lo que ocurre con las normas de naturaleza material, su función no era la de regular relaciones jurídicas que se producen entre los particulares, sino que encontraba su razón de ser en un momento posterior, precisamente cuando en dicha relación jurídica surgía algún conflicto".[34]

En consecuencia, desde la vigencia de la unificación del derecho procesal instaurada por la LEC, se han producido cambios en materia probatoria, terminando disputas acerca de la *naturaleza* de las normas sobre la carga de la prueba, generadas principalmente por su ubicación en distintos cuerpos legales (Código Civil, y el Código de Comercio), que a partir de la entrada en vigor de la LEC quedan contemplados en los arts. 281 y siguientes del nuevo texto regulatorio. Aun así, ya en su día se dijo que la naturaleza jurídica de estas normas probatorias "no se altera cualquiera que sea el cuerpo legal en que se incluyan, ya que, como se ha dicho, el problema de la situación sistemática de la carga de la prueba no es legislativo, sino científico".[35]

Ahora bien, sin perjuicio del notable proceso unificador de las materias probatorias (que por remisión del RMC, ampliamente reiterada en los párrafos anteriores, es aplicable al proceso de marca comunitaria), el texto raíz para la *carga de la prueba* (art. 217 LEC) está ubicado en el Libro I, Capítulo VIII, sección 2°, intitulada "De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos", situación que, al parecer, trata de destacar una naturaleza de regla de juicio de la disposición, aunque su misión no se agote en ese cometido (por cuanto también se dirige a las partes), lo que no afecta su riqueza de contenido de carácter general.

## 2. Las cargas procesales

Analizar el concepto *carga de la prueba* exige, en nuestra línea expositiva, una revisión conceptual por separado del concepto *carga*, como elemento integrante y basal del concepto compuesto que ahora nos ocupa, método que no es seguido por todos los autores,[36] pero que es una vía segura para despejar una de las piezas que constituyen el enunciado jurídico que revisamos.[37]

El concepto *carga*, como fenómeno del acto procesal, y como idea explicativa de la mayoría de los fenómenos procesales, fue desarrollado por James

[34] Cfr. *La carga de la prueba en la práctica procesal civil*, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, La Ley, Madrid, 2006, p. 100.
[35] Cfr. HERCÉ QUEMADA, V., "La carga de la prueba"; *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, N° 6, citado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, ibídem.
[36] Cfr. v. gr. TARUFFO, *La prueba*, op. cit., pp. 145 a 155.
[37] En idéntico sentido: FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La Carga...*, op. cit., pp. 35 y sgtes.

Goldschmidt (*"Der Prozess als Rechtslage, eine Kritik des prozessualen denkens"*: "Proceso como situación jurídica. Una reflexión crítica del procedimiento": 1925), como una reacción crítica enmendatoria, de corte materialista, contra la Teoría de la Relación Jurídica Procesal, estimada insuficiente para explicar la naturaleza jurídica del proceso. Se le conoce como *Teoría de la Situación Jurídica,*[38] encaminada a elucidar la naturaleza jurídica del proceso, reflejando la realidad de cómo tiene lugar en la vida del foro.

Goldschmidt afirmó que la Teoría de la Relación Jurídica elaborada por von Bülow no refleja la verdadera naturaleza del proceso, porque en éste los litigantes no tienen ninguna obligación y el juez tampoco está obligado para con ellos. Considera, por lo tanto, que no puede hablarse de relación jurídica en el proceso, puesto que los imperativos referidos al juez (que son esencialmente, en cuanto deberes relativos a la substanciación, principalmente el deber de proveer y el de pronunciamiento) son de naturaleza constitucional y no procesal, y se derivan no del juicio, sino del cargo de funcionario público, pues ellos se imponen debido a que el Estado tiene entre sus múltiples funciones la de proporcionar a los justiciables la debida administración de justicia. De esta forma, el juez contrae con el Estado el deber de administrar justicia en su calidad de miembro de uno de los poderes estatales y la ejerce en su calidad de funcionario público.

Definió Goldschmidt las *cargas* expresando que "la antítesis del derecho procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad".[39]

Agregando que "estas cargas admiten ser clasificadas en cargas perfectas o menos perfectas, según su incumplimiento traiga forzosamente aparejados determinados perjuicios, o pueda traerlos".[40] Las partes "no tienen entre sí obligación alguna emanada del proceso mismo. Apenas si existirían estados de sujeción de ellas en el orden jurídico, como conjunto de expectativas, perspectivas, posibilidades, cargas, riesgos, adquisiciones, etc.". "Es por ello que

[38] "El concepto de "situación jurídica" –*Rechtslage*– se debe a KOHLER (*Prozess als Rechtsverhaltniss*, 1888) el cual ve en ella una relación jurídica imperfecta. Pero en todo caso, es un concepto específicamente de derecho procesal y hasta quizá su concepto fundamental". Cfr. *Derecho Procesal Civil*, GOLDSCHMIDT, James, *Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Editorial Labor S.A. 1936, pp. 8 y 9.

[39] *Teoría General del Proceso*, GOLDSCHMIDT, James, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936, p. 82.

[40] GOLDSCHMIDT, op. cit. "Derecho...", p. 203.

el demandado no tiene la obligación (...) de contestar la demanda, pero sí la 'carga' de hacerlo; si no contesta, ni el juez, ni el demandante ni nadie podrá constreñirlo a hacerlo. Si no lo hace, su sanción eventual es la de que el juicio se seguirá en su rebeldía (situación de inacción) y, como consecuencia de ello, podrá ver disminuidas, aunque no perdidas en definitiva, sus expectativas de obtener una sentencia favorable sobre el mérito (fondo) del asunto...".[41]

Desde un punto de vista del funcionamiento interno de la carga, Calamandrei[42] la describió acertadamente así: "Mecanismo psicológico de la carga. Y aquí no podemos menos de recordar la gran ingeniosidad psicológica con que funciona, en toda la dinámica del proceso, pero especialmente en la probatoria, aquel mecanismo típico del liberalismo procesal que es la *carga*: por medio del cual la parte es la única responsable de su suerte procesal y queda libre para modificar con su propia actividad o para dejar invariada a la propia inercia la propia situación jurídica en el proceso". Agregando más adelante que "la ley no crea a cargo de la parte deberes jurídicos que le puedan ser impuestos contra su voluntad, sino que pone frente a su voluntad, en el momento en que ella va a determinarse, una serie de amonestaciones y de estímulos psicológicos en virtud de los cuales puede ocurrir que la parte se convenza de que es interés suyo el responder según la verdad al interrogatorio, prestarse voluntariamente a las inspecciones ordenadas por el Juez, y más en general tener en el proceso un comportamiento sumiso y leal: es decir, que se convenzan de que a la larga, también en el proceso la honestidad termina por ser un buen negocio".[43]

En cuanto a las partes, tampoco existen derechos y deberes propios de la relación jurídica (en su concepción privatista), sino una cosa diferente, lo que se traduce en que las partes no tienen entre sí obligación alguna emanada del proceso. Apenas si existirían estados de sujeción de ellas en el orden jurídico, como conjunto de expectativas, perspectivas, posibilidades, cargas, riesgos, adquisiciones, etc., todo lo cual no configura una relación jurídica, sino que una situación jurídica: el estado de una persona frente a la sentencia que se espera. Esta última expectativa que concentra el dinamismo del derecho es la situación jurídica.

Sobre las normas jurídicas, cumplen diversas funciones según sea el punto de vista del examen. Así, en la función extrajudicial, que es estática, las normas

[41] HOYOS HENRECHSON, *Temas fundamentales...*, op. cit., pp. 156 y 157, citando a James Goldschmidt.
[42] CALAMANDREI, P., citado por COLOMBO CAMPBELL, Juan, en *Los Actos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 511.
[43] Citado por SENTÍS MELENDO, Santiago, "Perención de la instancia y carga procesal", *Revista de derecho judicial de España*, año III, N° 12, octubre-diciembre, año 1962, p. 29.

representan imperativos dirigidos a los ciudadanos (derechos y deberes) y en su función judicial, que ya no es estática sino dinámica, las normas constituyen medidas con arreglo a las cuales el juez debe juzgar la conducta, sirviéndose el juez de ellas como instrumento. En el proceso dejan de ser imperativas, para asumir la función de promesas o amenazas de determinada conducta del juez. Aquí no hay verdaderos derechos, sino posibilidades de que el derecho sea reconocido, expectativas de obtenerlo y cargas que son imperativos o impulsos del propio interés (o del interés propio de cada parte como motivación para actuar, si se quiere): si no se hace determinada cosa, sobreviene la desventaja.

El derecho, entonces, aparece aquí como el medio del libre arbitrio judicial manifestado en la sentencia. La norma jurídica cumple su función a través de la decisión judicial. Así, mediante la aplicación de las leyes, el juez establece una especie de "segundo orden" que prevalece al derecho positivo en caso de incompatibilidad con él.

De esta manera, para el justiciable, la norma jurídica tiene aquí el carácter de garantía de una conducta determinada por parte del juez, es decir, de una decisión con contenido preciso. La *Rechtslage* –situación jurídica– será entonces el estado de una persona con respecto a una decisión judicial, que espera sea conforme a las normas jurídicas. Esta situación constituye la naturaleza jurídica del proceso.

## 3. La carga procesal como posición normativa

### *3.1. Tesis de partida*

Se ha sostenido que una de las cuestiones más controvertidas respecto de la figura de las cargas procesales (y, por ende, de la carga de la prueba) es la de su ubicación entre las situaciones jurídicas activas (poderes, facultades y derechos subjetivos) o pasivas (obligaciones, y en general situaciones de sujeción), estableciendo como límite diferenciador entre ambos extremos el papel que juega la voluntad del sujeto en el momento de realizar una actuación (que en las situaciones activas no puede faltar, pero no tendría relevancia en las pasivas).[44]

Así planteado, conceptualizar la carga (inclusa la de probar en procesos de marca comunitaria) y definir su naturaleza se hace una tarea que, desde la dogmática, requiere un punto de abstracción mayor para considerar el fenómeno como una posición normativa.[45]

[44] Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga* ..., op. cit., p. 39.

[45] La propuesta carece de novedad. Lo que se pretende es hacer un primer acercamiento a las cargas,

La tradicional estructura de los derechos subjetivos frente a las obligaciones correlativas no es susceptible de explicar todas las formas o categorías normativas que regulan las conductas de los sujetos, sea en la esfera privada, sea en la esfera procedimental.

En el marco de un proceso heterocompositivo, donde dos o más partes someten la decisión de un conflicto de naturaleza jurídica a un tercero investido de facultades decisorias, dentro de un esquema de funciones constitucionales, surgen posiciones normativas como la figura de la carga procesal, que por si sola, y en su relación con ciertos derechos que son conferidos a los justiciables en el iter decisorio para ejercerlos entre sí y ante el tercero jurisdiciente, aparecen con sus contornos opacos, carentes de la nitidez propia de las relaciones privatistas entre derechos y obligaciones.

En este sentido, el marco conceptual de W. N. Hohfeld, para categorizar las cargas, deberes, obligaciones y derechos en el proceso, es *prima facie* una herramienta útil que permite distribuir los conceptos en esquemas abstractos, que autorizan una posterior definición de las consecuencias analíticas de considerar esta tesis como un punto de partida de argumentos razonables para abordar, en específico, la carga de la prueba en los procesos de marca comunitaria.

Para confrontar los conceptos procesales expuestos *supra*, abordaremos las estructuras normativas[46] adaptadas resumidamente al modelo procesal como realidad jurídica, siguiendo el canon Hohfeldiano:[47]

Existe una suposición (expresa o tácita) que todas las relaciones jurídicas pueden (o deben) ser reducidas a *derechos* (subjetivos, es decir, radicados en un sujeto) y *deberes* (entendiéndolos como englobantes de obligaciones), y que

desde un punto de vista de la teoría general del derecho, basados en un planteamiento teórico amparados en el marco conceptual diseñado por W. N. Hohfeld en su conocido texto "Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning" (1913), originalmente aplicado dentro del esquema anglosajón, pero de actual utilidad universal. El planteamiento de este trabajo es básico, pues debe ser objeto de una labor de mayor envergadura.

[46] Cfr. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, HOHFELD , W. N., México D.F., Fontamara, 1992, traducción de Genaro R. Carrió.

[47] Vale decir, resumiremos el núcleo de su tesis (en los conceptos traducidos al castellano) y luego encuadraremos la carga dentro de dicho esquema, originalmente pensado en asuntos materiales y de propiedad. En este sentido "los conceptos de Hohfeld pueden interpretarse al estilo kantiano como categorías trascendentales. Sin embargo, a diferencia de Kant, las categorías no deben ser consideradas como necesarias (apodícticas), sino disposiciones. Lo exacto y concreto no es la experiencia empírica, sino las reglas jurídicas precisas y las relaciones jurídicas individuales, que sólo pueden entenderse y relacionarse entre sí (sic) [,si] uno conoce los conceptos más generales que se basan en los conceptos de derechos personales y obligaciones, y que revelan las metas y la estructura formal de las reglas y de las relaciones jurídicas concretas que les son subordinadas. Los conceptos más generales no pueden ser derivados de reglas jurídicas, pero, sin embargo, éstos son entendidos de un modo particular cuando ciertas reglas son válidas": Cfr. *Hohfeld y el Análisis de los Derechos*, NIEMI, Matti, México D.F., Fontamara, 2001, p. 47.

estas categorías son adecuadas para analizar toda clase de intereses jurídicos, sea en el ámbito material, sea en el ámbito procesal, donde ahora nos encontramos situados.

Las relaciones jurídicas estrictamente fundamentales son sui géneris. Es por ello que los intentos de definición formal son casi siempre incompletos o insatisfactorios, y cuando no, inútiles. Así, la forma de enfrentar el problema consiste en exhibir las diversas relaciones en un esquema de *opuestos y correlativos*, y luego proceder a aplicar su alcance y aplicación al caso concreto que nos ocupa.

Las posiciones normativas o posiciones deónticas (que son en el fondo enunciados jurídicos que producen efectos en el mundo real) son ocho (derechos y deberes, privilegios y no-derechos, potestades y sujeciones e inmunidades e incompetencias)[48] y se pueden presentar así, a modo de pares correlativos y opuestos:

- El derecho (subjetivo) tiene como correlativo al deber. Y tiene como opuesto al no-derecho.

- El privilegio (libertad)[49] tiene como correlativo al no-derecho. Y su opuesto es el deber.

- La potestad (o poder) tiene como correlativo a la sujeción. Y la potestad tiene como opuesto a la incompetencia.

- La inmunidad tiene como correlativo la incompetencia. Y la inmunidad tiene como opuesto a la sujeción.

Revisaremos los pares normativos con sus ejemplos originales,[50] y luego intentaremos, dentro de esta taxonomía, categorizar las cargas (y en especial la de probar):

3.1.1. Los derechos y deberes son conceptos correlativos. Un deber u obligación jurídica es aquello que se debe dar, hacer o no hacer. Así quien invade un derecho, viola un deber. En inglés el sinónimo para la palabra derecho (*right*)

[48] "Si se me permite una metáfora doméstica, estos ocho conceptos (...) parecen ser lo que podría llamarse 'mínimo denominador común del derecho'. Las fracciones (1/3, 2/5, etc.) pueden superficialmente parecer tan diferentes entre sí que desafían toda comparación. Sin embargo, si se las expresa en términos de sus mínimos denominadores comunes (5/15, 6/15, etc.) la comparación se torna fácil y pueden descubrirse semejanzas fundamentales. Lo mismo puede decirse, por supuesto, acerca de los conceptos genéricos de más bajo nivel, a los que pueden reducirse todos los 'elementos jurídicos'": Cfr. HOHFELD, *Conceptos...*, op. cit., p. 86.

[49] Privilegio o libertad son sinónimos en el esquema normativo aquí expuesto.

[50] Que, *mutatis mutandis*, pueden adaptarse a realidades procesales, como veremos.

es *claim*, que ha sido traducida como *pretensión*,[51] en el sentido más limitado y propio (así si X tiene derecho a excluir a Y de un inmueble del primero, la situación correlativa –y equivalente– es que Y tiene frente a X el deber de permanecer fuera del lugar, pudiendo X recurrir a la compulsión en caso de incumplimiento en un esquema jurídico).

3.1.2. Privilegios (o libertades) y no-derechos: Un privilegio es el opuesto de un deber, y el correlativo de un *no-derecho*. Así, si X tiene un derecho (o pretensión) a que Y no entre en el inmueble, X tiene el privilegio de entrar en el inmueble, o lo que es igual, X no tiene el deber de permanecer fuera del lugar. El privilegio de entrar es la negación del deber de permanecer fuera de él. Ahora, si X se ha obligado con Y (por cualquier vía) a entrar al inmueble, tiene tanto el privilegio como el deber de hacerlo. Así, el privilegio es perfectamente compatible con este tipo de deber, porque el deber (en este caso) posee el mismo tenor o contenido que el privilegio, aunque en lo que respecta a Y, el privilegio de X es la negación exacta del deber de permanecer fuera del inmueble (es decir, Y no tiene derecho a entrar, y X tiene el privilegio de entrar, que es la negación del deber de permanecer fuera).

La diferencia entre un derecho subjetivo o pretensión y un privilegio se aprecia en los correlativos. El derecho tiene como correlativo un deber. El privilegio o libertad tiene como correlativo un no-derecho (expresión usada en ausencia de una sola palabra que lo signifique). Así, el correlativo del privilegio o libertad de Y de entrar tiene como correlativo el no-derecho de Y a que X no entre.

3.1.3. Potestades (poderes) y sujeciones: Una potestad jurídica es el opuesto a una incompetencia jurídica y el correlativo de una sujeción jurídica. Una potestad (poder) se puede explicar así: Un cambio en una determinada relación jurídica puede resultar: 1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que no están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos o, 2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En este segundo caso, se puede decir que la persona (o personas) cuyo contralor es decisivo tiene la potestad o poder (jurídico) de efectuar el particular cambio en la relación (situación) jurídica en juego. Estas últimas son las potestades o poderes en sentido técnico. Y, el sinónimo más próximo para la palabra potestad (en un caso ordinario cualquiera) es *competencia*[52] (jurídica). Competencia es opuesto de incompetencia

[51] La palabra aquí no se usa en su sentido técnico procesal, aunque es coincidente con su contenido semántico estándar del derecho procesal.

[52] Como en casos anteriores, advertimos que esta palabra no es usada en su sentido técnico procesal, aunque el fondo semántico es cercano.

(o de incapacidad). La palabra derecho (subjetivo) no es un concepto adecuado en estas posiciones y fines, de la misma forma que capacidad. Ejemplos de potestades son variados: X dueño de una cosa tiene potestad de extinguir su propio interés jurídico en la cosa (sean estos derechos, potestades, inmunidades, etc.), mediante la totalidad de hechos operativos que llamamos abandonos; y simultánea y correlativamente la de crear en otras personas privilegios e inmunidades referentes al objeto abandonado, por ejemplo la potestad de adquirir el dominio del mismo por apropiación. Del mismo modo, X tiene la potestad de transferir su interés a Y, esto es, de extinguir su interés, y al mismo tiempo de crear en Y un nuevo interés correspondiente.

La sujeción es el correlativo de una potestad y el opuesto de una inmunidad (o exención). Sujeción a veces se confunde con el deber, pero son distintas. Significa que está sujeto, pero no obligado. Si se dispone que todas la personas mayores de 20 años y menores de 61 estén sujetas a servir como jurado, se trata de una sujeción, y no de un deber. Es una sujeción que se somete a la creación de un deber, el que surgirá si y sólo si en ejercicio de sus potestades las partes y el tribunal hayan hecho lo necesario para imponer el deber específico de cumplir las funciones del jurado. El sinónimo más cercano es *sometimiento* o *responsabilidad* y esa sujeción (o complejo de sujeciones) es correlativa a una potestad o poder (o complejo de potestades) de los litigantes y tribunal.

3.1.4. Inmunidades (exenciones) e incompetencias: Una inmunidad es el correlativo de una incompetencia (no-potestad), y el opuesto (o la negación) de una sujeción. Una potestad o poder presenta el mismo contraste general con una inmunidad, como un derecho frente a un privilegio (o libertad). Un derecho es una pretensión afirmativa de un individuo contra otro, y un privilegio es la libertad del individuo frente al derecho o la pretensión de otro. De la misma forma, una potestad es el "contralor" afirmativo que un individuo ejerce sobre una relación (situación) jurídica dada, respecto de otro individuo; mientras que una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o "controlador" jurídico de otro, con respecto de una relación jurídica.

### 3.2. La carga procesal como poder

Frente a las posiciones normativas descritas, la carga procesal (probatoria) es una potestad o poder otorgado a un individuo para aportar las pruebas en su propio interés (ejercitando un derecho subjetivo de reclamar debida justicia al Estado, distinto por cierto de esta carga –de la cual no es su correlativo, aunque si su antecedente–, que es una actividad facultativa e imperfecta, que podría eventualmente ser suplida por la intervención tribunalicia oficiosa basada en la necesidad de fallar sobre hechos probados –aunque no por las partes–), cuyo incumplimiento no tiene un correlato obligacional forzado, aunque sí puede tener consecuencias gravosas, ya inmediatas, como una sanción legal (fuera del

caso probatorio), como la caducidad de la instancia o perención, ya mediatas, como el riesgo de ser desestimado un hecho como fundante de la pretensión y, por ende, quedar desvinculado del derecho material que se pretende, lo que en sede decisoria o de regla de juicio (ya no de procedimiento) implica que la sentencia podría ser adversa en atención a la falta de pruebas, que configuraban el riesgo del no desembarazo de la carga, pues el titular (sujeto) es quien controla esa facultad en su propio interés, y la situación jurídica en juego (de aspirante a un derecho material que pretende en sede decisoria jurisdiccional, a uno derrotado judicialmente).

Si se mira por su par correlativo de sujeción (sometimiento), implica que existiendo el poder del titular, la contraparte no tiene deber alguno (pues no hay derecho correlativo, hay una carga), sino que sólo está sujeta o sometida al resultado del ejercicio del poder manifestado en la carga respectiva (en este caso de probar), que en último sentido implica que la sujeción será luego un deber u obligación de naturaleza activa (dar o hacer algo) o pasiva (omisión) prescrita en la sentencia que se dicte (como un deber de segundo orden), conforme se ejercite o no el poder de probar, y que, en caso de probarse los hechos, significará un derecho material establecido declarativa, constitutiva o ejecutivamente en la sentencia a favor de aquel que se desembarazó de la carga, o en contra del que no lo hizo. De ahí el riesgo de no desembarazarse de la carga debidamente. Si quien tiene la carga no ejerce el poder, hará surgir en otro la potestad de probar a su vez (relación que se puede ver como simultánea, pero es distinguible tanto en paralelo como en sucesión dinámica de prueba y contraprueba), o bien hará surgir el derecho material del otro litigante sobre la base del hecho no probado (lo que significa una desventaja) que, en definitiva, lo sujeta a un fallo adverso, el cual ejecutoriado constituye ya un deber para con el titular del respectivo derecho a favor del que obtuvo en juicio (y que implicará una obligación positiva de dar o hacer, o bien una abstención de no hacer).

De esta forma, el riesgo de no probar (al no desembarazarse de la carga, por no ejercer el poder conferido) implicó que el decisor (juez), quien por su parte estaba sujeto al resultado del ejercicio de la carga de probar del litigante respectivo, resolviera en su contra en el cumplimiento de su propio deber funcionario (de origen constitucional), por no haberse acreditado el hecho fundante de la pretensión, lo que significa que el tribunal puede (es más, *debe*) resolver (incluso motivadamente), aun cuando los hechos no hayan sido probados, lo que implica dar por probada la inexistencia del hecho que servía de fundamento del derecho material, cuyo interés se abandonó por el controlador de esa situación jurídica: el titular de la carga.

Adviértase que la posición del titular de la carga no es de titular de un derecho subjetivo exigible frente a sus pares correlativos: la contraparte (o contrapartes)

frente a la carga tiene una sujeción o sometimiento, no un deber. Y el tribunal, a su vez, frente a esa carga tiene también una sujeción de fallar conforme se le demuestre o no la *causae petendi*, lo que implicará un deber específico de resolución circunscrito a *ese* proceso (que en los sistemas modernos involucra una motivación racional de la sentencia). Las partes son titulares de cargas, pero el tribunal si bien puede tener la posición normativa de sujeción o sometimiento a los resultados probatorios (que devienen de la descarga probatoria, como actividad), no tiene por su vereda una posición de ser titular de carga alguna, de manera que las posiciones normativas en el proceso son múltiples, y relacionadas con las situaciones jurídicas de partida de cada interviniente en este fenómeno social que es el proceso.

Acerca del derecho a la prueba, constituye una posición que tiene como correlativo el deber (constitucional) del tribunal de hacer (resolver o sentenciar) y omitir impedir (y evitar que se impida) el ejercicio del poder conferido al titular. Pero no hay correlatividad normativa entre la carga y ese derecho a la prueba.

## 4. El derecho a la prueba y la carga de la prueba

### *4.1. El derecho a la prueba.*

El concepto derecho a la prueba se ha acuñado en la esfera de los derechos procesales fundamentales[53] como el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (en la Constitución española art. 24.2.). Se le define como el derecho "que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso".[54]

Al ser un derecho fundamental opera como norma atributiva de derechos, lo que implica, en su faz subjetiva, la atribución al particular de facultades para ser ejercitadas en situaciones concretas, y, además, consagra valores objetivos, lo que corresponde a la faz objetiva, pues establece unas garantías institucionales que deben ser respetadas en todo proceso.

El derecho a la prueba se compone de cuatro facultades:[55]

[53] Que en algunos sistemas constitucionales se conoce como garantía de un debido proceso. V. gr. Constitución Política de la Republica de Chile, art. 19 N° 3.

[54] PICO i JUNOY, J , El derecho a la prueba en el proceso civil, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 18 y 19.

[55] ABEL LLUCH, Xavier, "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil", en AA.VV. *Objeto y carga de la prueba civil*, ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ i JUNOY, Joan, Bosch, Barcelona, 2007, p. 32.

a) Derecho a la proposición de medios de prueba, limitada a los medios pertinentes, oportunos y relevantes; b) Derecho a la admisión de las pruebas propuestas, o en su caso, de una inadmisión motivada; c) Derecho a la práctica de la prueba admitida; y d) Derecho a la valoración a la prueba practicada.

La relación del derecho a la prueba, así acotado, con la carga de la prueba, es estimada a veces como *correlativa*,[56] puesto que el derecho a la prueba sólo se ejercitará cuando las partes tengan interés en obtener una sentencia favorable y, por tanto, realicen todas las actuaciones procesales dirigidas a ello. En ese esquema, se trataría de una relación de medio a fin, pues el ejercicio del derecho a la prueba (entendido como un derecho fundamental a ser juzgado con garantías reconocidas y exigibles al Estado) presupone o exige el cumplimiento previo de la carga de la prueba (más bien, implica la posibilidad de probar que, en un procedimiento liberal, pertenece al titular la libertad de decidir y disponer de su poder), que es la realización misma de la actividad: "Se trata en realidad de las dos caras de una misma moneda [en la tesis de Taruffo], en la medida en que el derecho a la prueba implica que las partes tengan efectivamente la posibilidad de satisfacer la carga de la prueba, o sea, de allegarse de todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad del hecho que cada una de ellas se ve en la necesidad de probar".[57]

A este respecto, la *correlatividad* "derecho a probar-carga de probar" recién enunciada, no se ajusta al esquema de posiciones normativas por nosotros propuesto (y que creemos es la medida de corrección a la tesis expuesta *supra* para su plena coherencia), pues más bien el derecho a la prueba es exigible por el individuo justiciable frente al Estado constitucional democrático que tiene el deber de otorgar dichas facilidades de defensa en un esquema de administración de justicia (como garantía y como servicio público) y de sustracción del uso de la fuerza de los individuos por el Estado (es decir, las posiciones normativas del derecho subjetivo a la prueba se exigen, en definitiva, al tribunal que conoce actualmente del asunto –o incluso a un tribunal internacional que condene a un Estado como tal, por negativa a la prueba o a un proceso debido–, como integrante de un poder cuya administración el propio Estado garantiza como derecho fundamental), y una vez conferido o reconocido el derecho fundamental, surge el poder manifestado en una carga de actividad para su ejercicio por el individuo (o los titulares pertinentes, para incluir intereses colectivos), mas no como una obligación, sino como una carga entendida normativamente como un poder, cuyo reconocimiento es propio de un Estado liberal, y que

[56] Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La Carga...*, op. cit., p. 62.
[57] TARUFFO, Michele, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", en *Jueces para la democracia*, N° 52, marzo, 2005, citado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., op. cit., p. 63.

*no es correlativo* al derecho a probar. Su correlativo, en puridad, es la sujeción (que no es un deber) a la que se someten la contraparte en el litigio, por un lado, y el tribunal, por otro. Vale decir, frente al poder manifestado como carga de probar que tiene el titular, la contraparte (en disputa del derecho material relacionado con los hechos demostrables) está sujeta a que se desembarace de la carga, pero no tiene deber alguno. Si prueba, y convence más allá de toda duda razonable (usaremos ese estándar como referencia de ejemplo) al tribunal, que también estaba sujeto o sometido a dicho poder, deberá motivadamente en su sentencia dar por probado el hecho, y por reconocido el derecho material respectivo.

Así, por un lado, al sentenciarse el caso, el juez ya no tendrá una sujeción de fallar, sino que tendrá el deber de hacerlo conforme la prueba desembarazada por el titular de la carga en el litigio respectivo a la que queda sometido (deber que es el mismo abstracto que tiene como correlativo al derecho a la prueba como garantía fundamental, aquí ya manifestado en concreto en el caso específico delimitado por la triple identidad de cosa juzgada –causa de pedir, cosa pedida y partes– en una especie de segundo orden normativo), con lo que la sujeción a los resultados probatorios, en relación con la contraparte, se transformará en una nueva posición normativa, consistente en un deber de dar, hacer o no hacer lo que la sentencia determine en razón del derecho material, cuyos hechos fundamentales ha sido probados conforme al sistema procesal de que se trate. Si el titular de la carga no ejerce el poder, la sujeción del tribunal, y de la contraparte, se transforma por un lado en una posición de poder de la contraparte de probar lo conveniente, manifestado en su respectiva carga (que en caso de un demandado comúnmente implicará una posición de mera pasividad frente a una pretensión *no demostrada* del actor, que en un sentido fuerte es una afirmación de su propio derecho), o en la sujeción del tribunal de dar por probada la inexistencia del hecho fundante del derecho material, lo que configura la dinámica probatoria, y la razón de juicio.

### *4.2. Carga de la prueba*

Delimitados los contornos de la *carga* como posición normativa, el concepto *carga de la prueba* puede analizarse conforme ha sido definido por la concepción estándar actual, que engloba dos fenómenos[58] que lo componen: el de la distribución de la carga de la prueba (o carga de la prueba formal), basado

[58] El propio art. 217 de la LEC distingue ambas funciones de las reglas de la carga probatoria: el apartado primero se refiere a la esfera material, y los apartados segundo y tercero reflejan las reglas generales que las partes han de tener en cuenta para saber qué hechos ha de probar cada una de ellas, y por tanto disponen la distribución ordinaria de la carga probatoria: Cfr. en este sentido FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga...*, op. cit., p. 27.

en el principio de aportación de parte (y en el principio dispositivo); y el de la regla de juicio (o carga de la prueba material), que se fundamenta, a su vez, en la obligación del tribunal respectivo (deber) de dictar sentencia en todo caso, del asunto sometido a su conocimiento.[59]

En cuanto a la carga de la prueba, concebida en su esfera formal distributiva o de asignación de actividad, se puede observar un fenómeno matizado entre las cargas *menos perfectas* (en la nomenclatura goldschmidtiana), y las cargas *perfectas* (que, en todo caso, dejan exclusivamente en manos de las partes la obtención o consecución del fin deseado), que a diferencia de éstas, aquéllas son un mecanismo para la obtención del fin (acreditar la *verdad* acerca de los hechos de la causa que pretende establecer), y cuyo abandono o no desembarazo genera consecuencias afectatorias eventuales, si no es posible que los hechos basales puedan quedar establecidos en el proceso por una vía de aportación diferente a la de parte (vale decir, si no es posible que el tribunal supla ese vacío probatorio, mediante una facultad –o, derechamente, deber, pero no carga– de articular medios oficiosos para mejor proveer), lo que en definitiva permitirá al juez fallar contra aquel que no probó.

## 5. Distribución de la carga de la prueba y regla de juicio

Como se ha anunciado en estas páginas, dentro del concepto bifronte de carga de la prueba tienen cabida dos fenómenos, vinculados con las fases del proceso y los sujetos intervinientes: El primer punto de vista del concepto es entender a la carga de la prueba como sinónimo de carga de la prueba formal. El segundo como regla de juicio.

[59] TARUFFO se inclina por centrar el concepto carga de la prueba en su faz decisoria o de regla de juicio, más que en la carga en su sentido de actividad para la cual se confiere un poder al titular, cuando expresa que "la función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados. Por ello, las reglas en las cuales se articula el principio se definen en Alemania como *Hilfsmitteln* o como *Operationsregeln*, previstas sólo para el caso de falta de prueba de los hechos (cfr. Musielak y Stadler, 1984: 104,121,123; Schawb, 1978:5050, 519). Desde una perspectiva diferente, pero coincidente, esas reglas se conciben como criterios acerca del "riesgo de no persuasión", pues prevén las consecuencias de no convencer al tribunal de la ocurrencia de un hecho principal (cfr. James, Hazard y Leubsdorf, 1992; 338; Zuckerman, 2003:649, Jauerning, 1991:182; Montero Aroca, 200:35). Según una elocuente definición estas reglas son un puente entre la situación de la falta de prueba de los hechos y la aplicación de la norma sustantiva que rige el caso, porque evitan que el tribunal decida indebidamente la causa aplicando la norma sustantiva en una situación en la que no podría ser aplicada (cfr. Musielak y Stadler, 1984:107). El principio de la carga de la prueba es también un recurso para resolver la incertidumbre acerca de la prueba de los hechos principales: ante la incertidumbre se tratan los hechos como si se hubiera probado su inexistencia (Cfr. Musielak y Stadler, 1984:107): Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 146.

a) Con relación a las partes intervinientes en un proceso, y en cuanto a la fase probatoria (que son los momentos y submomentos que la integran), la carga de la prueba consiste en las reglas que imponen la responsabilidad de aportar pruebas (aportación de parte en el proceso inspirado en el principio dispositivo) y establecer cuáles son los hechos acreditables para obtener una sentencia favorable. Así miradas, cumpliendo la función de distribuir la incumbencia probatoria entre las partes, estas normas reciben el nombre de *reglas de distribución de la carga de la prueba*, y se entregan por el sistema procesal mediante reglas que confieren poderes a los justiciables, administrados como cargas, vale decir, como imperativos de su propio interés.

b) Un segundo nivel funcional de las reglas de la carga de la prueba es al momento de sentenciar (fase decisoria), donde las normas se dirigen al órgano jurisdiciente y no a las partes. Se trata de mecanismos que la ley pone a disposición del juez para evitar que los asuntos queden imprejuzgados, aunque los hechos no queden establecidos, o lo queden de forma no ajustada a la realidad material. Se le denomina a esta manifestación de la carga de la prueba (material) como *regla de juicio*, aludiendo a la prueba como el resultado tras la valoración de los antecedentes que configuran las probanzas.

Lo que ha pretendido el legislador español es conjugar estos dos aspectos, sobre la base de distintas justificaciones. Por un lado, evitar las consecuencias propias de la autotutela (entregando la decisión y uso de la fuerza al Estado) y, por otro, la instauración de un proceso civil informado por los principios dispositivo, de aportación y facilidad probatoria, que es aplicable plenamente a los procesos de materias de propiedad industrial, y marcarias (comunitarias) en especial. Así lo reconoce la propia exposición de motivos de la LEC cuando sobre las reglas de la carga de la prueba considera que "aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos".

A este esquema conceptual queda sometida la prueba de los hechos en los juicios de marca comunitaria, en lo que al ordenamiento jurídico español se refiere.

## IV. Régimen de distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles de marca comunitaria, con especial referencia al sistema español

### 1. Bloque normativo sobre distribución de la carga probatoria

En el plano teórico, estas normas de asignación de la carga de la prueba, en definitiva, adjudican las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de los hechos principales, que en la nomenclatura que hemos sostenido significa que, dada la posición normativa de poder que sustentan las partes, frente a una sujeción correlativa de los otros intervinientes en el proceso a los resultados favorables o desfavorables de desembarazarse o no de la carga de probar, pudiendo y teniendo el derecho a llevar a cabo la actividad, el resultado puede ser suplido por el juez (entendiendo la carga de probar, en este sentido, como una carga imperfecta), sea mediante medidas para mejor proveer oficiosas, sea dictando sentencia dando por probada la inexistencia del hecho, que no pudo ser probado por la parte a quien le incumbía en su propio interés y por su propio poder, ni por los medios oficiosos.

En el fondo, no hay relevancia jerárquica entre la distribución de la carga (que se impone según los distintos criterios convencionales,[60] que cada legislación establece, de desarrollar las actividades de prueba y su aportación) y el resultado en el caso que no se puedan acreditar los hechos (lo que implica una carga no desembarazada), pues se trata de fases o momentos lógicos de un mismo proceso (entendido como sistema de momentos y submomentos), lo que significa analizar la carga, no ya como actividad humana desarrollada en virtud de un poder, sino entendida también como el resultado mismo de no haberlo ejercido, lo que impone una vinculación causal a unas consecuencias razonablemente desfavorables (y cuya situación es el núcleo del proceso del

[60] No nos detendremos aquí en las distintas teorías sobre distribución probatoria, pero dejaremos asentado que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de buscar una regla con carácter general y abstracto que facilite la labor de distribuir la carga de aportación. Dicho de otro modo (siguiendo a Taruffo), una regla que distribuya entre las partes las consecuencias desfavorables de la falta de prueba. Desde las conocidas máximas romanas (vgr. *onus probandi incumbit actoris*) a la clasificación de los hechos en constitutivos, modificatorios, impeditivos, extintivos y exclusivos, pasando por las categorías de condiciones generales o específicas, y la teoría de la normalidad y anormalidad de los hechos, han sido construcciones que no han colmado la necesidad de fijar un estándar único de distribución, en razón de la imposibilidad de subsumir toda la casuística en cada uno de los cánones propuestos. Se ha llegado así al pragmatismo de la fórmula flexible, según la cual la distribución de la causa de la prueba ha de hacerse en atención a los hechos que fundamentan las respectivas pretensiones, de modo que cada cual tiene la responsabilidad (mejor dicho tiene la carga) de aportar el material probatorio referido a los hechos que conforman el supuesto de hecho de la norma que le es favorable. En síntesis, los principios que gobiernan el derecho probatorio contemporáneo son los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, reconocidos en la jurisprudencia del TJCE en materia marcaria y expresamente en el art. 217 N° 7 LEC. Cfr. por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, La carga..., op. cit., pp. 87 y sgtes.

justiciable), al no poder vincular la base fáctica demandada con el derecho sustantivo que sustenta la pretensión (en el fondo se trata de la falta de una justificación externa de la premisa fáctica dentro del esquema lógico formal, frente a una premisa normativa dada, y conclusión sentencial lógicamente justificada), carga que es razonada y denominada, en esta faz decisoria, como *la teoría de las consecuencias de la falta de prueba.*[61]

En el plano dogmático, los arts. 14.1, 14.3 y 101.3, ex 97, RMC contienen una remisión a la *lex fori* procesal para la regulación de la fase probatoria de los procesos en que deban resolverse materias establecidas en el art. 96, ex 92 RMC.

En consecuencia, en los procesos civiles de marca ante los Tribunales de Marca Comunitaria españoles, la normativa aplicable es la establecida en el art. 217 LEC para la carga de la prueba, arts. 281 y 386 LEC, para cuestiones generales, y arts. 414.1, 431, y 433.1 LEC, aplicables al procedimiento de proposición, admisibilidad y práctica en la tramitación del juicio ordinario, que constituye el vehículo procesal de tramitación de estos expedientes marcarios (por cuantía, si el juicio es verbal se aplican arts. 443, 445 y 446 LEC).

## 2. Casos especiales de distribución de la carga de la prueba[62]

El régimen probatorio en materia marcaria es el régimen común, cuanto en la carga de la prueba (en su sentido lato), como en admisibilidad, medios y ritualidad, desde que ni el RMC, Ley de Marcas (LM), ni la Ley de Patentes (LP) establecen un sistema orgánico especial. Se aplica, en el caso español, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), informada por los principios generales de disponibilidad y facilidad probatoria, dentro de un esquema general de flexibilidad.

[61] Como bien explica FERNÁNDEZ LÓPEZ (citando doctrina y sentencias aquí reseñadas sobre la base de su texto), lo que en realidad acontece es que la dimensión de regla de juicio ha sido estimada por alguna doctrina y fallos judiciales como el *único* elemento de la teoría de la carga de la prueba, poniéndose de manifiesto al denominar (en una posición extrema) a la carga de la prueba como *teoría de las consecuencias de la falta de prueba*, pues sólo entraría en juego cuando los hechos no han quedado probados. A este respecto Cfr., Montero Aroca, J. (con Gómez Colomer, J. L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 260; Ramos Méndez, F.; *Derecho Procesal Civil*, Ed. J. M Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1992, T. I, pp. 546-547; Prieto Castro, L.; *Derecho Procesal Civil, Vol 1° (Conceptos Generales. Procesos declarativos. Recursos)*, Madrid, 1980, p. 138. El TS Español en sentencia de 12.03.1998 ha usado esta terminología, y SsTS 995/2004, de 27.10. 2004 (FJ 6°, La Ley Juris: 11/2005), 992/2004, de 18.10.2004 (FJ 4°, La Ley Juris:1793796/2004), 432/2003 de 30.04.2003 (FJ 3°,La Ley Juris;12623/2003), 404/2003 de 15.04.2003 (FJ 5°, La Ley Juris:1864/2003) y 1230/2000, de 22.12.2000 (FJ 4°, La Ley Juris: 99/2001): Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga...*, op. cit., pp. 27 y 28 (nota 8).

[62] En esta parte nos basamos en VELAYOS MARTÍNEZ, *El proceso...*, op.cit., pp. 229 y sgtes.

No obstante, existen algunos casos especiales vinculados a pretensiones específicas del derecho marcario vinculadas con las acciones del art. 96, ex 92, RMC, que pueden introducirse por las partes intervinientes, o bien afectan y (en su caso) modifican el régimen de carga de la prueba, haciendo excepción al régimen expuesto en el art. 217 LEC, según permite el propio apartado 6 de dicho texto, consagrando el principio de especialidad normativa (norma especial prima sobre norma general). Haremos el repaso con relación a las categorías de pretensiones expuestas en *supra* II.1.b).

### *2.1. Acción del art. 96, ex 92 a), RMC para pretensiones de condena (positivas y negativas) y acción del art. 96, ex 92 c), RMC para pretensiones de condena positiva de indemnizar los daños y perjuicios*

2.1.1. Prueba de la excepción de caducidad por falta de uso: El art. 41.2 LM dispone que cuando el demandado oponga como excepción de fondo la caducidad por falta de uso de la marca (comunitaria), durante los 5 años anteriores a la fecha de la presentación de la demanda, se invertirá la carga de la prueba y deberá ser el actor quien demuestre la efectiva y real utilización de su marca para los productos y servicios registrados, o bien la existencia de causas justificativas del no uso. Se trata de una manifestación del principio de facilidad probatoria del art. 217.7 LEC. Adviértase que el principio de facilidad probatoria no es igual al de disponibilidad probatoria, siendo éste más restringido que aquél.

El principio de facilidad probatoria se ha de fijar conforme la posición de cada parte en el proceso, respecto de la prueba de determinado hecho, de manera que lo más sencillo es que cada parte acredite los hechos que le son favorables y, por tanto, que sustenten sus respectivas pretensiones. En esos casos se aplica la regla general de distribución de carga de la prueba, porque así lo aconseja el principio de facilidad, lo que en el caso de la excepción de caducidad, el hecho de probar el no uso corresponderá al demandante, quien por facilidad (y evitando la prueba diabólica) podrá probar el positivo contrario, o la fuerza mayor impeditiva del uso.[63]

2.1.2. Si el actor pretende una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, conforme la jurisprudencia española, será él quien deberá probar el quebranto o

[63] Para esta materia, como referencia del aspecto material: PALAU RAMÍREZ, Felipe, *La obligación de uso de la marca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Quedando fuera de los límites de nuestro trabajo, el concepto *obligación de uso* nos merece críticas, que a propósito de las posiciones normativas expuestas en estas líneas, con una adecuada categorización de la incumbencia del uso nos llevaría a que más que una obligación estamos ante una carga, y con ello frente a un poder, lo que permitiría una segunda lectura (que demostraría una adecuada ponderación de la carga probatoria) en materia de excepción de caducidad por falta de uso, que es materia de otra investigación.

deterioro que ha padecido por los actos del demandado (disminución de ventas, pérdida de cuotas de mercado).[64] Se produce una alteración en la carga de la prueba en atención a la disponibilidad probatoria del demandando, pues a él le corresponderá (a requerimiento del actor) acreditar el aumento patrimonial (art. 43.4 LM), mediante la exhibición de los libros de contabilidad, dejando en evidencia (de ser posible) la lesión de los intereses del demandante.

2.1.3. Las reglas se aplican tanto en el caso del art. 96, ex 92 a), RMC, como del art. 96, ex 92 d), RMC en las circunstancias del art. 9.3. RMC.

### *2.2. Acción del art. 96, ex 92 b), RMC para pretensión declarativa negativa, o acción negatoria o de jactancia*

El art. 127.4 LP aplicable supletoriamente al derecho marcario, dispone que "si el demandante prueba que la actuación a que se refiere su demanda no constituye una violación de patente [marca], el Juez hará la declaración requerida". En apariencia repite el art. 217.2 y 217.3 LEC, pero refleja una voluntad del legislador de propiedad industrial de evitar la aplicación del apartado 7 del art. 217 LEC, y, por lo tanto, la aplicación de los principios correctores (dentro de la flexibilidad probatoria) de disponibilidad y facilidad probatorias, apoyando la *probatio diabolica* de los hechos negativos (más propiamente de las *negativas*, en cuanto un no-hecho no existe como fenómeno empírico) por el demandante de negatoria (tal vez previniendo fraudes procesales).

### *2.3. Acción del art. 96, ex 92 d), RMC para pretensiones declarativas y constitutivas de nulidad o caducidad de la marca comunitaria*

2.3.1. Prueba sobre la caducidad por falta de uso de la marca comunitaria.

El RMC contiene normas probatorias cuando en sede administrativa, ante la OAMI, se ejerce la pretensión de nulidad o caducidad mediante acción directa. Los arts. 42.2 y 3, ex 43, y, 57.2 y 3, ex 56, RMC, establecen que cuando la validez de la marca es cuestionada por causa de una posible nulidad relativa, basada en la existencia de una marca nacional o comunitaria anterior, aquel que afirma su derecho de marca anterior debe probar su vigencia por no incurrir en la caducidad por falta de uso. Si no se prueba el uso o no se justifica su ausencia, la pretensión de nulidad sostenida por el actor será desestimada (art. 57.2. y 5, ex 56, RMC).

[64] Cfr. SSTS –Sala I- 5.03.1992 (RJ 1992, 2391), de 21.05.1994 (RJ 1994, 3729), citadas por VELAYOS MARTÍNEZ, op. cit., p. 230.

En el fondo, la regla del RMC implica aplicar el principio general sobre la carga de la prueba, según el cual corresponde la prueba de los hechos constitutivos a quien los afirma, y la de los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes a quien los opone.

En el caso que en sede judicial se solicite la caducidad por falta de uso de la marca comunitaria, por vía de excepción (art. 99.3, ex 95.3, RMC) o por vía reconvencional (art. 96, ex 92 d), y 96 con relación al art. 51, 50.a) RMC, no se hace mención a reglas de carga especiales, por lo que debe recurrirse a la legislación nacional.

Así, el art. 58 LM dispone que será el demandante reconvenido el que deba probar que está usando la marca y cómo la está usando, configurándose una inversión de la carga de la prueba, para evitar, en España, la *probatio diabolica* de los hechos negativos (no uso), cuestión no uniforme en los Estados comunitarios.[65]

2.3.2. Prueba del uso de marca anterior en la reclamación de la nulidad de marca comunitaria.

Este aspecto es una consecuencia del principio de coexistencia de la marca nacional con la marca comunitaria. El art. 100.5, ex 96.5, RMC establece que planteándose una reconvención por nulidad relativa de marca comunitaria se aplicará el art. 57.2 al 5, ex 56.2 al 5,[66] RMC.

El sistema del art. 57 RMC de solicitud administrativa ante la OAMI de nulidad fundada en la preexistencia de marca (comunitaria o nacional anterior motivos de arts. 8.1 y 8.2 a) RMC) dispone que sea el oponente-titular de la anterioridad quien tiene la carga de la aportación de la prueba de la vigencia de su marca, como requisito de admisibilidad de la pretensión de nulidad. Y el art. 99.1, ex 95.1, dispone, para la sede judicial, que "los tribunales de marcas comunitarias reputarán válida la marca comunitaria a no ser que el demandado impugne la validez de la misma mediante demanda de reconvención por caducidad o por nulidad". Por ende, el principio es, en general, que le corresponderá probar la anterioridad al demandante, sin que hoy tenga lugar la antigua polémica que

[65] V. gr.: En el Reino Unido la carga de la prueba de falta de uso es del que lo niega, cuando quien lo afirma haya presentado un indicio de la falta. En Alemania no existen inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole a quien se vale de la excepción de falta de uso (prueba de la negativa). En Francia se sigue tratamiento similar al español. Cfr. VELAYOS MARTÍNEZ, op. cit., p. 232 (nota 33), que contiene bibliografía.

[66] Texto original modificado en virtud del Reglamento (CE) N° 422/2004 de 19.2.2004 del Consejo.

generaba el anterior texto del art. 96.5 RMC, que no hacía remisión al art 57.2 actual, ex 56.2, RMC, reformado en 2004.[67]

2.3.3. Prueba de los hechos fundantes de la excepción de agotamiento del derecho de marca.[68]

La doctrina del agotamiento del derecho de exclusiva del titular de los productos marcados, fue definida por la DMC en su art. 7.1., de la siguiente forma: "El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento", cuyo tenor es idéntico en sentido al del art. 13.1 del RMC y al transpuesto art. 36 de la LM española: "El derecho conferido por el registro de marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso de la misma para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento".

En su faz normativa, se ha sostenido que el agotamiento del derecho de marca constituye una limitación[69] al *jus prohibendi* que la marca otorga al titular, a

[67] Para una revisión histórica del problema: Cfr. VELAYOS MARTÍNEZ, op. cit., pp. 232 a 234.

[68] Sobre el agotamiento del derecho de marca, cfr.: DE LAS HERAS LORENZO, Tomás, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, "El agotamiento del derecho de marca", en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 223, enero-marzo 1997, Madrid, p. 121; FERNÁNDEZ-NOVOA, *Tratado...* op. cit., pp. 462 y sgtes., y MASAGUER FUENTES, José, "Acerca del agotamiento internacional de marca (a propósito de algunas recientes sentencias de Audiencia Provincial", en *Aranzadi Civil*, vol. III.

[69] Si sometemos el esquema del agotamiento de marca al sistema de las *posiciones normativas* que hemos usado como herramienta teórica (a nivel de relaciones jurídicas), un límite a un derecho de marca (manifestado aquí en su faz excluyente –*jus prohibendi*– cuyo correlativo es el deber de abstención de todo aquél que no sea titular de la marca o autorizado por él) implica que el deber correlativo que le estaba impuesto (en la relación que subyace en las posiciones normativas) a los no titulares, muta (en razón de ley, y por aplicación de un principio superior, de libre circulación de mercaderías) y pasa de ser un deber general de abstención (frente al derecho correlativo del titular) a la posición normativa original de libertad concurrencial en el mercado, vale decir, de privilegios (o libertades) y sus correlativos no-derechos. Una explicación canónica sería así: Un privilegio o libertad es el opuesto de un deber (que antes se tenía para con el titular marcario), y el correlativo de un no-derecho (que tanto el titular marcario como el adquirente del bien marcado tienen entre sí). Así, si el titular marcario tiene un derecho (o pretensión) a que el adquirente del producto marcado no use la marca en dichos productos, éste tiene el privilegio o, lo que es lo mismo, la libertad de usarla en esa partida de productos marcados, o lo que es igual, el adquirente no tiene el deber de abstenerse de usar la marca en los productos legítimamente adquiridos. El privilegio o libertad de usar la marca por el adquirente es la negación del deber de no usarla en esos productos. Ahora, si el adquirente se ha obligado con el titular (por cualquier vía) a usar la marca de una determinada forma, tiene tanto el privilegio como el deber de hacerlo. Así, el privilegio o libertad es perfectamente compatible con este tipo de deber, porque el deber (en este caso) posee el mismo tenor o contenido que el privilegio, aunque en lo que respecta al titular marcario, el privilegio del adquirente de los bienes marcados es la negación exacta del deber de no usarlos en el tráfico jurídico. La diferencia entre el derecho del titular marcario y un privilegio o libertad se aprecia en los correlativos. El derecho tiene como correlativo un deber. El privilegio o libertad tiene como correlativo un no-derecho del titular marcario. Así, el correlativo del privilegio o libertad del adquirente de los productos marcados de entrar al mercado con ellos tiene como correlativo el no-

quien se le niega, por el sistema jurídico, el ejercicio de las acciones de defensa marcaria para impedir la distribución de productos originales marcados legítimamente, comercializados por el propio titular o con su consentimiento por un tercero.

Su justificación se basa en que, si subsistiera de manera absoluta el derecho de exclusiva, que sustrae bienes desde la libre concurrencia al mercado mediante las acciones del *jus prohibendi* de la marca "para controlar el ulterior proceso de comercialización de los productos identificados con ella, se desnaturalizaría la función de la marca, ya que dejaría de ser un símbolo indicador del origen empresarial y calidad de los productos y pasaría a ser un mecanismo protector de políticas tendientes a restringir la libre competencia. Consecuentemente, una vez que la marca ha cumplido su objeto primordial, el derecho de su titular queda agotado".[70]

Si estimamos justificado el agotamiento del derecho de exclusiva, la cuestión, entonces, se puede plantear con relación a dos ejes conceptuales: El primero, del derecho de exclusiva sobre el uso de la marca (signo distintivo) por el titular, y el segundo, respecto del momento en que dicho derecho se agota (al cumplir su función primordial), volviendo los bienes marcados al tráfico jurídico de libre mercado.

Así, el punto central es determinar cómo, dónde, y cuándo el derecho subjetivo de prohibir el uso de los productos marcados por el signo distintivo deja de existir por agotamiento (que no es más que una denominación doctrinaria para resumir –con claridad– una extinción parcial de un derecho por razones teleológicas –cumplimiento del fin de la regla– que justifican la existencia de la posición normativa del derecho subjetivo), volviéndose al régimen de libertad concurrencial (donde se compite a nivel de calidad de prestaciones), con las respectivas partidas de bienes marcados.[71]

---

derecho del mismo adquirente a que el titular de la marca no entre al mercado a competir con él con sus propios productos marcados (o alguien autorizado por él), y viceversa. Se retorna, así, al sistema de libertades concurrenciales.

[70] Cfr. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, *Tratado sobre derecho de Marcas*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 462. A nivel de justificación, la doctrina del agotamiento se ha apoyado tradicionalmente en la función de indicación del origen empresarial del producto marcado, no obstante desde la STJCE de 20.11.2001–As. Zino Davidoff S.A. v. A & G Imports. Ltd– comienza a reforzarse la función de la marca consistente en condensar el prestigio o *goodwill* de los productos o servicios identificados con ella: Cfr. "Algunas cuestiones acerca del agotamiento del derecho de marca y las importaciones paralelas", CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, en AAVV, *La marca comunitaria, modelos y dibujos comunitarios. Análisis de la implantación del Tribunal de Marcas de Alicante*, Dir. SOLER PASCUAL, Luis, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 203 (nota 4).

[71] Si se miran bien, los derechos de marca, como en general lo son los derechos de propiedad industrial, tienen notas características como la temporalidad (con la variante de la renovación por pago de tasas

Conforme dispone la DMC, el RMC y la LM el titular no tiene derecho a prohibir (lo que en sentido de negativa fuerte –intensional– implica que se permite: no-prohibido es permitido) a terceros el uso de la marca en los productos comercializados por el propio titular o con su consentimiento. En consecuencia, la forma como se lleva a cabo la pérdida del derecho es por una manifestación de voluntad del propio titular marcario referida a una partida específica de productos marcados, que son introducidos en el mercado y enajenados[72] a terceros.

Los textos de derecho de marcas (DMC, RMC y LM) hablan de una *comercialización* por el titular o con su consentimiento, y esa expresión bien vale una aclaración. El concepto *comercialización*, en puridad conceptual, se refiere más bien a un concepto económico que propiamente jurídico, desde que comercializar implica, en su sentido lato, hacer una cosa objeto de comercio o venta, vale decir, objeto de intercambio.

Si ese intercambio, propio del tráfico mercantil, lo lleva a cabo directamente el titular marcario (en un sentido de ser el titular registral quien comercializa), necesariamente implica un acto de voluntad, de intercambio, que puede revestir formas tipológicas jurídicas múltiples, siendo la más común una compraventa (con todas sus variantes: distribución, consignación, importación etc.).

Por ende, la expresión *con su consentimiento* implica que la comercialización (con los contornos que acabamos de definir) es llevada a cabo, en puridad, por un tercero distinto del titular marcario, pero con voluntad de autorización de éste (que implica implícitamente una renuncia a su *jus prohibendi*).

en sede marcaria) y territorialidad, que contrastan con la perpetuidad y absolutez de la propiedad tradicional. El titular del derecho registral marcario es dueño de un signo distintivo (cualquiera susceptible de representación gráfica) que puede ser utilizado de múltiples maneras, sea marcando productos para los cuales la cobertura del registro da derecho a la vez que la carga de uso, para distinguirlos de otras empresas (principal función), sea a través de fines promocionales y de difusión, que en sí no constituyen un uso en el sentido liberatorio de la carga, pero sí configuran una manifestación del derecho de explotación exclusivo y excluyente del signo. De forma que el agotamiento se refiere a una forma de extinción del derecho no sobre el signo registral en sí, en abstracto, sino en relación directa con bienes específicos y determinados (ejemplares o especies), respecto de los cuales prima el soporte material del signo como elemento de exclusión de la esfera de protección, primando, de alguna forma, el dominio clásico sobre la cosa corporal (en consonancia, a nivel estructural, con el retorno a la libertad de circulación de los bienes).

[72] Decimos *enajenar* (hacer ajeno) porque la hipótesis de comercialización no se refiere a fórmulas sin alienabilidad, como la cesión del mero uso –mediante un arriendo de productos–, pues en tal caso, los productos marcados siguen en el patrimonio del titular marcario, no habiendo en puridad comercialización (sin que se produzca una separación entre un patrimonio del titular del signo y otro patrimonio distinto del titular dominical de los productos marcados con el signo), careciendo de sentido estimar un agotamiento de derecho de marca sobre bienes propios.

En ambos casos hay consentimiento, no obstante, cuando es el titular registral el que comercializa, significa que dicha primera venta conlleva un traslado de un bien marcado (o grupo de bienes) desde su patrimonio a otro ajeno, basado en un título de comercialización, generalmente venta.

En el segundo supuesto, no será ya el titular registral el que comercializa determinados productos marcados, sino un tercero, que contará con un consentimiento para realizar tal acto. En el primer caso, el consentimiento es expreso (más bien, forma parte del acto jurídico mismo, de su estructura volitiva, como elemento esencial –consentimiento exento de vicios–), en cambio en el segundo es un antecedente previo (también dentro de la estructura de un acto jurídico como una licencia, o una venta previa fuera del EEE), para que luego sea el tercero *autorizado* quien ponga los bienes en circulación dentro del Espacio Europeo. En dicho evento, el consentimiento puede ser expreso o tácito, pero en todo caso, es exigible una manifestación de voluntad, cuya prueba, en el caso del consentimiento tácito, corresponderá al que lo alegue.

Cuándo debe tener lugar la comercialización, se relaciona con la vigencia del derecho marcario, pues si el registro no está vigente, el derecho se habrá extinguido por una causal específica y objetiva que es el no pago de tasas (lo que implica una renuncia al derecho, que vuelve al tráfico jurídico como denominación o signo libre susceptible de una nueva apropiación dominical o de uso pacífico sin registro).

Despejada esa hipótesis, debe considerarse ahora que dicha comercialización se debe hacer donde la norma convencional comunitaria lo establece para que el agotamiento tenga lugar: la primera venta debe hacerse en el EEE, que es un espacio territorial con límites geográficos precisos. Si se realiza esa primera comercialización por el titular o con su consentimiento en cualquier Estado del EEE, los bienes marcados vuelven al régimen de libertad concurrencial, y el titular registral nada puede hacer para impedir su libre tráfico. En cambio, si dicha primera comercialización (primera, porque se trata del caso paradigmático, salvo la hipótesis de una recompra de los bienes a un tercero por el titular o por alguno autorizado por él) se efectúa fuera de los límites del EEE, el derecho sobre los productos (indirectamente, pues el derecho es sobre el signo distintivo que los distingue) subsiste, y puede el titular impedir su circulación en el EEE y ejercer sus derechos como titular del intangible que marca los bienes.

Así las cosas, la prueba rondará en torno al cumplimiento de las condiciones de aplicación del agotamiento o, por el contrario, de la subsistencia del derecho de exclusiva, sea porque la primera venta, aunque hecha por el propio titular, vigente su registro, fue hecha fuera del EEE, en cuyo caso sólo cabría una autorización expresa (renuncia) del derecho a que el adquiriente ingrese los productos al EEE, o bien, sea porque los bienes, si bien fueron comerciali-

zados en el EEE, no lo fueron por el propio titular vigente su registro o por un tercero autorizado. Las hipótesis casuísticas han dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales que abarcan estos tópicos, generando líneas de doctrinas judiciales como las que se revisan a continuación.

La doctrina del agotamiento del TJCE[73] actualmente está decantada por la tesis del agotamiento comunitario, y no internacional[74] aunque ha habido pronunciamientos locales en este último sentido,[75] y se han seguido planteando casos relativos a si dentro del sistema de agotamiento comunitario (ya implantado en los textos europeos comunitarios), los Estados miembros de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo pueden establecer en su ordenamiento interno el principio del agotamiento internacional del derecho de marca (que implica que el *jus prohibendi* se agota con la primera puesta en el mercado en cualquier lugar del mundo, no sólo en el EEE), habiendo sentencias contradictorias,[76] jurisprudencia que, en todo caso, se hizo cargo de materias como la que nos ocupa, refiriéndose a la carga de la prueba del consentimiento del titular de oponerse a la comercialización en el EEE (conforme disponen los arts. 7.1 DMC y 13.1 RMC), con la siguiente doctrina: "Corresponde al operador que invoca la existencia del consentimiento aportar la prueba correspondiente y no al titular de la marca acreditar la falta de consentimiento".[77]

Esta sentencia (que tiene el mérito de ser del Tribunal de Luxemburgo pronunciada en virtud de una cuestión prejudicial) está referida a la naturaleza del consentimiento exigido por el art. 7.1 DMC, y resuelve que dicho consentimiento puede ser *tácito*, cuando resulte de elementos o circunstancias anteriores, concomitantes o posteriores a la comercialización fuera del EEE, que apreciadas por el juez nacional revelen con certeza la renuncia del titular a su derecho a oponerse a la comercialización en el EEE (correspondiéndole a quien alega tal renuncia probarla), pero no puede ser *presunto*, pues no puede resultar del simple silencio[78] del titular de la marca que no haya comunicado su oposición a la

[73] Cfr. SSTJCE 31.10.1974 -*Centrafarm BV et Adriaan De Peijper v. Winthrop BV*–; 15.06.1976 -*EMI Records Limited c CBS United Kingdom Limited*–

[74] Por la tesis del agotamiento internacional, cfr. por todos, DE LAS HERAS, *El agotamiento...*, op. cit.

[75] STS de 15.05.1985, caso *Scotsman*, ponente Excmo. Sr. D. Jaime de Castro y STS de 28.09.2001, caso *Bacardí*, ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

[76] Tribunal de la EFTA (AELC), de 3.12.1997 –*As. Mag Instrument, Inc v. California Trading Company Norway, Ulsteen–, a favor del agotamiento internacional; en sentido contrario:* STJCE 16.07.1998 –*As. Silhouette Internacional Schmiedt GMBH & Co. C Harlauer Handelsgesellschaft mbH*–

[77] Cfr. STJCE 20.11.2001 –As. Davidoff S.A. c. A&G Imports Ltd.–.

[78] FARMIÑÁN SANTAS comentando la sentencia expuso que "si del silencio se dedujesen el consentimiento, el sistema comunitario de marcas se aproximaría a uno dominado por el principio del agotamiento internacional del derecho de marca", citado por FERNÁNDEZ-NOVOA, *Tratado...*, op. cit., p. 484 (nota 165).

comercialización en el EEE, ni de que el titular de la marca haya transmitido la propiedad de los productos designados sin imponer reservas contractuales.[79]

El núcleo del problema probatorio se origina cuando un demandado por el titular de una marca (comunitaria para nuestro análisis), en razón de infracción por uso no autorizado en el EEE, se defiende excepcionándose, ya por existir consentimiento de ingreso al mercado comunitario a pesar de haberse comercializado primeramente fuera del EEE (que implica agotamiento por consentimiento), ya por alegar agotamiento del derecho del titular al haberse comercializado directamente en el EEE por el titular o con su consentimiento por un tercero.

La dinámica probatoria consiste en que si hay agotamiento del derecho del titular, los productos comercializados por el demandado lo son legítimamente, sin infracción, pues el derecho del titular *(jus prohibendi)* se ha agotado. Este fenómeno constituye un límite a los derechos conferidos por el signo (volviéndose a la posición normativa de libertad) y representa un motivo de defensa de quien resulta demandado por aquél. En consecuencia, le corresponde probar el agotamiento al que lo alega, por ser un hecho extintivo de la pretensión basada en la violación. La inversión de la carga de prueba sería "contraria al sistema del derecho de marcas, ya que supondría apartarse del esquema del derecho sancionador que le es propio".[80]

Ahora bien, en el evento que tal agotamiento no se haya producido por comercialización directa del titular marcario en el EEE, se plantea el problema de la carga de la prueba del consentimiento, con relación a probar el lugar donde fueron comercializados por primera vez los productos portadores de la marca. Así, según el principio general, la distribución de la aportación de la prueba corresponde al que hace valer la excepción impeditiva, es decir, el consentimiento, pero, no obstante el principio de incumbirle la carga de la prueba al demandado que invoca el agotamiento por comercialización consentida por el titular, tiene una excepción y podría desplazarse la carga al propio titular de la marca en determinados casos, a fin de evitar el riesgo de compartimentación de los mercados nacionales.

El Tribunal Supremo alemán, que sostuvo esta interrogante ante el Tribunal de Luxemburgo, expuso que, al imponer las normas nacionales la carga de la prueba al demandado por el titular de la marca, surge el riesgo de impedir

[79] Cfr. en sentido similar STJCE de 1.07.1999 -*As. Sebago Inc., Ancienne Maison Dubois et Fils SA contra G-B Unic SA*-.

[80] CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, "Algunas cuestiones...", op. cit., p. 221.

la comercialización de los productos que hubiesen sido comercializados en el EEE con el consentimiento del titular. Y, por regla general, un operador podrá acreditar sin mayores problemas de quién ha adquirido la mercadería, vale decir, es simple demostrarlo cuando se ha adquirido directamente del titular (lo que implica que adquirió bienes legítimos, dentro del área geográfica de agotamiento –v. gr. cualquier país del EEE–), pero no puede obligar a sus proveedores (es decir, aquellos de quienes adquirió los bienes marcados por el titular demandante) a que le revelen quiénes fueron, a su vez, sus proveedores, ni identificar a los demás operadores de la cadena de distribución (que permitiría llegar al titular marcario o a un licenciatario autorizado). Por otra parte, aun cuando fuera posible remontar la cadena de distribución hasta el titular de la marca y acreditar que los productos fueron comercializados en el EEE, con el consentimiento de dicho titular, podría verse privado de su fuente de suministros para el futuro[81](en razón de prácticas comerciales pacíficas y buenas relaciones con sus proveedores).

El TJCE en el caso Van Doren estableció la doctrina de la inversión de la carga de prueba, en virtud de la cual si se corre el riesgo de compartimentar mercados, y así lo acredita el demandado (lo que a su vez será materia de prueba o bien de demostración racional), le incumbe al titular acreditar que los productos fueron comercializados por él o por un tercero con su consentimiento fuera del EEE (con lo que el derecho no se agota). Entonces, probado que se comercializó fuera del EEE (y que implica que no hay agotamiento comunitario), le corresponderá al tercero acreditar la existencia de un consentimiento del titular para ulteriores comercializaciones en el EEE. Esta doctrina consagra coincidentemente, y aplicado a un caso concreto, el principio de distribución de carga de la prueba conforme al criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria, consagrados positivamente, a su vez, en la LEC (art. 217).[82]

[81] Cfr. STJCE, 8.04.2003 –As. Van Doren v. Life Style–, apartado 21, haciendo hincapié a lo expresado por el Tribunal Supremo alemán que motivó la cuestión prejudicial basadas en la duda que podría generar una posible conexión del art. 28 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea con las normas nacionales sobre le reparto de la carga de la prueba, citado por FERNÁNDEZ-NOVOA, *Tratado...*, op. cit., p. 484 (nota 167).

[82] "Los criterios de distribución de la carga de la prueba derivados de la jurisprudencia comunitaria resultan plenamente compatibles con las reglas procesales españolas sobre la materia": Cfr. MUÑIZ CALAF, BERNARDINO, X. "La carga probatoria del agotamiento del derecho de marca", en Diario La Ley N° 6141, año XXV, 3 de diciembre de 2004, ref. D-246, citado por CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Algunas cuestiones...*, op. cit., p. 222 (nota 33).

# La pluralidad de infracciones en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor en España y Chile

**Jaime Pacheco Quezada**
Profesor de Derecho Penal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

## Introducción

Se suele caracterizar al derecho penal de menores como un sistema especial del derecho penal, especialidad que, a nuestro juicio, radica al menos sobre tres aspectos fundamentales: los especiales sujetos a quienes se aplica; las especiales consecuencias jurídicas que se contemplan como reacción por las infracciones penales cometidas por dichos sujetos; y la finalidad preventiva especial que se asigna a dichas reacciones.

Ahora bien, si asumimos que la determinación o la individualización judicial de la pena no es más que una concreción de los fines de la pena,[1] ello nos conduce a aceptar que si las consecuencias jurídicas previstas como reacción a las infracciones a la ley penal cometidas por sujetos mayores de 14 años, pero menores de edad, persiguen un fin eminentemente preventivo especial, dicha individualización judicial ha de estar revestida de la suficiente flexibilidad en aras a alcanzar dicho objetivo.

La flexibilidad en el proceso de determinación de la sanción o medida juvenil[2] viene dada en primer término por el criterio rector que ha de regir en todo

[1] FEIJOO SÁNCHEZ B. *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal.* Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 767.

[2] Sobre la controversia en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas previstas en los sistemas penales juveniles, véase, entre otros, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. / POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 110 y ss.

momento dicho proceso, constituido por el interés superior del menor[3] y además por la circunstancia que el legislador no suele asociar en forma automática, como ocurre en el derecho penal de adultos, una determinada consecuencia para determinada infracción, sino que contempla un catálogo de medidas, muchas de ellas de diversa naturaleza, cuya aplicación a un supuesto de hecho concreto se deja entregada a la discrecionalidad del sentenciador.

Con lo anteriormente expuesto, no pretendemos desconocer que a través de las sanciones juveniles no se persigan también fines preventivos generales e incluso retributivos,[4] si no tan sólo resaltar que en la fase de individualización judicial de la medida, al menos a nivel de diseño ideal del sistema, han de primar como criterio guía en la labor discrecional del sentenciador los fines preventivos especiales.

Sin embargo, la referida flexibilidad en la actividad de individualización judicial de la sanción reconoce algunos límites, en los cuales el legislador establece una mayor rigidez o un menor espacio de juego para la discrecionalidad judicial,[5] fijándole a priori no sólo el empleo de determinados criterios de individualización de la medida, sino que la medida misma a aplicar, con lo que se da pie a que en no pocas ocasiones el logro de los fines preventivos especiales desaparezca, o al menos se desdibuje, como finalidad prioritaria de la actividad de determinación judicial de la pena juvenil.

En el presente trabajo aludiremos a una de esas situaciones que operan como límites a la discrecionalidad judicial, como es el concurso o pluralidad de infracciones, a la luz de los ordenamientos penales de menores tanto español como chileno.[6]

[3] Sobre el concepto y reconocimiento normativo del interés superior del menor, véase: ALTAVA LAVALL M. G. "Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española", en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, González Cussac/Cuerda Arnau (coord.), Universitat Jaume I, 2006, pp. 25 y ss. CILLERO BRUÑOL M. "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño", en *Justicia y Derechos del Niño* N° 9, Unicef, Santiago, 2007, p. 243.

[4] En el mismo sentido, véase entre otros: GARCÍA PÉREZ O. "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho penal de Menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal I*, Madrid, 2002, p. 713.

[5] Sobre la cada vez mayor merma al principio de flexibilidad en la determinación de las sanciones juveniles, véase entre otros: BOLDOVA PASAMAR M. A. "El sistema de aplicación de las sanciones en el derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre", en *Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Agustín Jorge Barreiro/Bernardo Feijoo Sánchez (eds.), Barcelona, 2007, pp. 93 y ss.

[6] La pertinencia del estudio del ordenamiento jurídico español viene dada por el reconocimiento expreso de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor de España como fuente normativa de nuestra Ley 20.084, contenida en el Mensaje del Presidente de la República cuando envía el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, de 2 de agosto de 2002.

## I. La pluralidad o concurso de infracciones en el ordenamiento jurídico español. LO 5/2000.

En el contexto de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LRPM), el proceso de individualización judicial de la medida puede reconducirse a dos etapas.

La primera, tiene por objeto establecer el máximo de sanción que le puede corresponder a un menor de edad por la realización de un hecho delictivo, debiendo tomar para ello en consideración el juez tanto la gravedad como las circunstancias del hecho, así como los límites contemplados en el art. 8 de la LRPM.[7] Esta primera fase permite dar cauce a ciertos efectos simbólicos y preventivos generales, donde lo determinante son los datos vinculados al momento de la infracción.[8]

La segunda etapa del proceso de individualización judicial de la medida a imponer tiene por objeto determinar la medida más adecuada o idónea en el caso concreto para alcanzar la finalidad preventiva especial. Dichos fines preventivos especiales nunca pueden conducir a una sanción superior a la correspondiente al hecho cometido, pero tampoco imponen un límite mínimo, es decir, el sentenciador sólo tiene límites máximos, no mínimos, salvo los casos contemplados en el art.10 de la LRPM. En esta fase sólo son relevantes los datos o factores que tengan que ver con la situación del menor en el momento de determinar la medida o de dictar sentencia.[9]

Sin embargo, como ya anunciábamos, este régimen de libertad judicial para determinar la medida y su duración tiene algunas limitaciones, entre otras, aquella que dice relación con la concurrencia de una pluralidad de infracciones.

El tratamiento normativo de la pluralidad de infracciones en la LRPM ha sufrido una sustancial modificación en virtud de la dictación de la LO 8/2006.[10] Con la actual redacción del art. 11 de la LRPM se pretende asegurar que los hechos

[7] El art. 8 de la LRPM establece que no se podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. Asimismo tampoco podrá exceder la duración de las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana, del tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto por el mismo hecho si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

[8] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit. p. 162.

[9] Ibídem, p. 164.

[10] Sobre el tratamiento que originalmente brindaba la LO 5/2000 al concurso de infracciones, véase BOLDOVA PASAMAR, M. A. "Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español", en *El nuevo Derecho penal juvenil español (jornadas sobre la nueva ley Penal del menor celebradas en la*

conexos o vinculados queden valorados en su conjunto mediante la imposición de una única medida o, en su caso, si es necesario, de varias medidas de diferente clase que los valoren y abarquen en su totalidad, incluso cuando hayan sido objeto de enjuiciamientos en procedimientos separados.[11]

El referido art.11 de la LRPM distingue, como supuestos de su aplicación, entre: **i)** pluralidad de infracciones conexas, continuadas o relacionadas normativamente, y **ii)** las restantes situaciones de concurrencia de pluralidad de infracciones. En todo caso, la clave para entender la nueva regulación del problema concursal reside en lo previsto en el art. 7.4 de la LRPM, en el sentido que el juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en la LRPM con independencia de que se trate de uno o más hechos.[12]

### i. Pluralidad de infracciones conexas, continuadas o relacionadas normativamente

En primer término y a falta de definición expresa en la LRPM, debemos entender por infracciones conexas a aquellas a las que se refiere el art. 76.2 del CP;[13] por delito continuado al previsto en el art. 74.1 CP;[14] y por infracciones normativamente relacionadas estamos aludiendo a aquellos supuestos en que un solo hecho constituya dos o más infracciones, es decir, al concurso ideal (art. 77.1 CP).[15]

---

*Universidad de Zaragoza, los días 4,10 y 11 de mayo de 2001)* Miguel Boldova Pasamar Ed. Zaragoza, 2002, pp. 62 y ss.

[11] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit. p. 214.

[12] BOLDOVA PASAMAR, M. A. "El sistema de...", cit. p. 111.

[13] El art. 76.2 del CP se refiere a hechos que por su conexión o el momento de su comisión pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso. Cabe, asimismo, indicar si en el derecho penal de adultos, la jurisprudencia suele poner énfasis en un criterio de orden temporal para establecer la conexidad, dicho criterio e incluso con mayor intensidad ha de aplicarse tratándose de menores, así la AAP Madrid (sección 4°) 14/2004 sostuvo: *"En el procedimiento de menores no se contempla ninguna regla especial para la conexidad, pues el invocado art. 20.3 LOPPM lo que establece es una norma especifica para determinar la competencia territorial cuando los delitos imputados al mismo menor se hubieran cometidos en diferentes territorios, siempre que los mismos fueran conexos. No obstante, teniendo en cuenta la singularidad que en el procedimiento de menores tiene el interés superior del menor y que el enjuiciamiento conjunto de los distintos ilícitos atribuidos a un mismo menor permite un mejor conocimiento de su evolución, que indudablemente repercute en la adecuación de la hipotética respuesta que pueda dársele en caso de condena, debe hacerse una interpretación flexible de la analogía"*. Para la Fiscalía General del Estado, el criterio determinante para establecer la conexidad en el caso de menores es el "temporal", es decir, que los hechos pudiesen haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Circular 1/2007 de 26 de noviembre III.7.1.

[14] El art 74.1 del CP considera autor de delito continuado al que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza. Sobre los requisitos del delito continuado, véase MAPELLI CAFFARENA B. *Las consecuencias jurídicas del delito.* 4ª ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005. p. 277.

[15] Sobre concurso ideal, véase, entre otros, SANZ MORAN, A. J. "El concurso de delitos en la reforma penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos.* CGPJ, Madrid, 1995, pp. 189 y ss.

Dentro de este grupo se debe a su vez distinguir si se trata de hechos que quedan comprendidos en los supuestos previstos en los arts. 9 y 10.1 de la LRPM, o de hechos que quedan comprendidos en los casos previstos en el art.10.2 de la LRPM.

Respecto del primer grupo, esto es, cuando estamos frente a una pluralidad de delitos que quedan comprendidos en los arts. 9 y 10.1 de la LRPM, el apartado primero del art. 11 de dicha ley dispone que se aplicarán los límites a la duración de las medidas contemplados en dichos artículos,[16] fijados de acuerdo a los criterios generales contenidos en los apartados 3 y 4 del art. 7 de la LRPM, debiendo el juez tener en cuenta para determinar la clase y duración de la medida o medidas, además del interés del menor, la naturaleza y el número de infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

Es decir, en este caso, el legislador español opta por el sistema de absorción para determinar la clase y extensión de la medida, pero también admite alguna forma de exasperación, si bien dentro de los límites máximos genéricos previstos en los arts. 9 y 10 LRPM, al imponer al juez la consideración de la naturaleza y el número de infracciones concurrentes, pudiendo en virtud de ello aplicar el juez más de una medida.[17]

Se bien la disposición en comento pareciera aludir a la infracción más grave, de lo que se trata es de comparar la medida más grave que le correspondería al menor conforme a los limites previstos en los arts. 9 y 10.1 de la LRPM y como tales disposiciones contemplan medidas de naturaleza diversa, el ítem

[16] El art. 9 LRPM fija como límite general a la medida de internamiento en régimen cerrado el de dos años, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas y la medida de permanencia de fin semana no podrá superar las ocho semanas, ello cuando se trata de delitos graves, o menos grave si en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado un grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, o bien se trate de delitos cometidos en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Por su parte, el art 10.1 LRPM relativiza dichos límites, disponiendo que si se trata de un menor de 14 ó 15 años, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá durar tres años, las prestaciones en servicio de la comunidad podrán tener un máximo de ciento cincuenta horas y la permanencia de fin de semana podrá alcanzar las doce semanas y si se trata de un menor de dieciséis o diecisiete años, la duración se puede extender a seis años para la internación en régimen cerrado, a doscientas horas para las prestaciones en beneficio de la comunidad y a dieciséis fines de semana en el caso de la permanencia de fin de semana.

[17] A partir de la dictación de la LO 8/2006 se puso término a la discusión en torno a si era posible aplicar a una infracción más de una medida. Conforme al texto original de la LRPM, partidario de la opción hoy expresamente recogida, era entre otros, Mapelli, quien sostenía, que la aplicación de más de una medida resultaba más coherente con la finalidad resocializadora/aseguradora del conjunto de las medidas, de forma que su combinación independientemente de las infracciones es prueba de la flexibilidad y versatilidad del sistema: MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Junta de Andalucía IAAP, Sevilla, 2002, p.116.

de comparación no debe aludir a un aspecto cuantitativo referido a la duración de la medida, sino a uno cualitativo que se expresa en la mayor restricción de derechos que conlleva la medida y en ese sentido, una medida de internamiento siempre será más grave que una medida no privativa de liberad con independencia de su duración.

Por otra parte, el artículo 11 apartado primero retoma la nomenclatura recogida en el CP (art. 77.1) para referirse al concurso ideal, estructurándolo sobre el concepto de unidad de acción, con lo cual recobran vida las discusiones en orden a encuadrar en este tipo de concursos aquellos casos en los que existiendo un solo plan del autor y una sola voluntad criminal se aprecia una pluralidad de acciones.[18]

A diferencia de lo que sucedía en la antigua redacción, el art. 11 LRPM al referirse al concurso ideal no alude expresamente al concurso medial, por lo cual podría pensarse que el legislador español teniendo presente que en el llamado concurso medial, al no estarse en propiedad frente a una sola conducta, ha optado por dar a este tipo de concurso el mismo tratamiento que al concurso real. Igual conclusión podría plantearse respecto del concurso ideal homogéneo, al cual tampoco se refiere expresamente este apartado del art. 11. de la LRPM y en el cual se ha entendido que tampoco existe una sola infracción, lo que justificaría un tratamiento similar al concurso real.[19] La observación planteada en todo caso no tiene mayor relevancia práctica, al menos tratándose de delitos conexos, por cuanto la actual regulación del art. 11.1 LRPM, ha equiparado el tratamiento para uno u otro tipo de concursos, si podría tenerla para el concurso real de delitos no conexos que si bien pudieron juzgarse en un mismo procedimiento no lo fueron, caso en el cual, no siguen el régimen de acumulación jurídica previsto en el art. 11, sino el de refundición de medidas que se contempla en el art. 47 de la LRPM.[20]

En cuanto al delito continuado, como el art. 11.1 LRPM sólo hace referencia expresa a la infracción continuada, se entiende que por tal se alude al concepto de delito continuado contemplado en el art. 74.1 del CP,[21] sin que sea posible extender su ámbito de aplicación al delito masa a que se refiere el apartado segundo del art. 74, toda vez que no hay una referencia genérica a todo el art.74 CP, pues como ya se indicó se alude exclusivamente a la infracción continuada.

[18] Sobre el concepto de unidad de acción, véase entre otros: SANZ MORÁN, A. J. "El concurso de...", cit., pp. 189 y ss.
[19] MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la...* , cit., p. 120.
[20] BOLDOVA PASAMAR, M. A. "El sistema de aplicación...", cit., p. 113.
[21] En ese sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A, "Principales aspectos sustantivos...", cit., p. 64.

Esta falta de una referencia genérica al art. 74 CP puede llevar a sostener, por otra parte, que al no haber determinado el legislador la naturaleza de los delitos a los que es aplicable la fórmula del delito continuado, ella resulta aplicable a cualquier clase de delitos.[22]

En nuestra opinión, en este primer apartado del art.11 de la LRPM, expresamente el legislador español renuncia a la consideración del interés superior del menor como fin prioritario y excluyente para determinar la medida a imponer, por cuanto, junto o en un mismo nivel que dicho interés, impone al sentenciador la valoración de fines preventivos generales, que vienen dados por la consideración de la naturaleza y número de infracciones concurrentes, es decir, se impone una valoración retrospectiva que mira a la gravedad de los hechos cometidos, imponiendo una relación de proporcionalidad de la medida en función de dicha valoración, lo cual es más bien propio de una finalidad preventiva general y no especial, cuya mirada es más bien prospectiva.

En relación con el segundo grupo de delitos, esto es, cuando se trata de una pluralidad de hechos que quedan comprendidos en los casos previstos en el art. 10.2[23] de la LRPM, el apartado segundo del art. 11 dispone la ampliación de los límites máximos de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado contemplada en dicho artículo, pudiendo alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que en forma complementaria se puede imponer.

Como primera apreciación cabe destacar la deficiente redacción del precepto, toda vez que alude a los mayores de dieciséis años y a los menores de esa edad, con lo cual pudiese estimarse que dicha disposición no les es aplicable a quienes al momento de comisión de los hechos cuenten con dieciséis años, a quienes habrá que seguir aplicando el máximo general de 8 años contemplado en el art. 10.2.[24]

[22] En el mismo sentido y en base al texto anterior a la LO 8/2006 MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la...* , cit., p. 120.

[23] Dicha disposición establece que tratándose de delitos contemplados en los arts. 138,139, 179,180 y 571 a 580 del CP o de cualquier otro delito que tenga asignada en el CP o en leyes especiales una pena igual o superior a quince años, se deberá imponer la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada con una medida de libertad vigilada de hasta tres años, si al tiempo de comisión de los hechos el menor tuviere catorce o quince años y si tuviere dieciséis o diecisiete años, la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado se extenderá de uno a ocho años, complementada por otra de libertad vigilada de hasta cinco años, en este caso, además sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta cuando hayan transcurrido a lo menos la mitad de la duración de la medida impuesta.

[24] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la..*, cit., p. 216.

En estos supuestos, el legislador español sí da cabida en forma clara, aunque de forma facultativa para el juez, a la exasperación, al elevar los límites máximos genéricos de duración de la medida de internación en régimen cerrado. En este caso estimamos que el legislador directamente ha supeditado el interés superior del menor al logro de fines preventivos generales.

La expresa alusión contenida en el apartado segundo del art. 11 de la LRPM a que si alguno o algunos de los hechos a que se refiere el apartado anterior fueren de los mencionados en el art. 10.2 de la LRPM, deja en evidencia, por una parte, que se alude a los casos de infracciones conexas, continuadas o normativamente vinculadas, y por otra, que basta para su aplicación que se trate de una pluralidad de infracciones, siendo indiferente que concurra uno o varios delitos de los contemplados en el art. 10.2.[25]

Sobre esta disposición ha sostenido la Fiscalía General del Estado[26] que para imponer el régimen cerrado por sobre los límites del art. 10.2 es necesario que además del delito de extrema gravedad a que se refiere dicha disposición, concurra otro hecho de los que autorizan a aplicar el internamiento en régimen cerrado, de acuerdo al art. 9.2 de la LRPM, ya que de lo contrario se daría lugar a una exasperación injustificada que superaría la suma aritmética de las medidas a imponer por separado.

**ii. Situaciones de concurrencia de pluralidad de infracciones, sin relación de conexidad, ni continuadas, ni normativamente vinculadas.**

En tales casos el apartado tercero del art. 11 LRPM remite para su solución a lo dispuesto en el art. 47 de la LRPM, que regula la refundición de medidas y cuyo texto también fue introducido por la LO 8/2006.

Si bien al apartado tercero del art.11 LRPM remite al art. 47, cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado primero del art 11, se debe entender que también se comprende la comisión de las infracciones más graves a que alude el apartado segundo, puesto que éstas no son más que una especialidad de los supuestos de conexidad previstos en el apartado primero de dicha disposición.[27]

El art. 47 LRPM se refiere a los supuestos de hecho que han sido enjuiciados separadamente y que además no pueden ser enjuiciados en el mismo procedimiento, porque no se trata de infracciones conexas, ni de una infracción

[25] Ibídem, p. 215.
[26] Fiscalía General del Estado, Circular N° 1/2007 de 26 de noviembre. III.7.1.
[27] BOLDOVA PASAMAR, M. A. "El sistema de...", cit., p. 113.

continuada, ni de un solo hecho que constituye dos o más infracciones, delimitando el período máximo de cumplimiento y evitando los efectos de una acumulación aritmética de las medidas impuestas a un mismo sujeto en diversos procedimientos cuando no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo. El objetivo es que tras la refundición no quede por ejecutar más de una medida de la misma clase.[28]

La regla general contenida en el art. 47 LRPM es el cumplimiento simultáneo de las medidas impuestas, siempre que ello sea posible. En caso de no ser posible dicho cumplimiento simultáneo,[29] éste deberá ser sucesivo, teniendo presente los criterios de orden de cumplimiento previstos en el apartado quinto del art. 47,[30] orden de cumplimento que, por lo demás, puede el juez alterar en atención al interés del menor. Igual regla rige para el caso de la imposición de varias medidas de distinta naturaleza en diferentes resoluciones judiciales (art. 47.1).

Cabe indicar que la doctrina ha entendido que el concepto de medida de distinta naturaleza es más amplio que el de medida de distinta clase utilizado en el art. 7.4 de la LRPM, disposición esta última que alude a un concepto más bien formal en función de como están organizadas las medidas en el apartado primero del art. 7 LRPM, en cambio, la referencia a la naturaleza de la medida parece estar orientada básicamente a la restricción de derechos que conlleva la medida.[31]

Ahora bien, cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no conexas habrá de estarse a la regla de acuerdo con la cual, si se hubiesen impuesto al menor en diversas resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el juez competente para la ejecución refundirá todas las

[28] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 462.

[29] Como la LRPM no señala expresamente las causas de incumplimiento simultáneo, deberá entenderse aplicando supletoriamente el CP (art. 73) que serán tales, la identidad de naturaleza o de efectos de las medidas en cuestión. MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la...* , cit., p. 122.

[30] De acuerdo a lo previsto en el art 47.5 de la LRPM, la medida de internamiento terapéutico se ejecutará con preferencia a cualquier otra; la medida de internamiento en régimen cerrado se ejecutará con preferencia al resto de las medidas de internamiento; la medida de internamiento se cumplirá antes que las no privativas de libertad, y en su caso interrumpirá la ejecución de éstas; y las medidas de libertad vigilada contempladas en el artículo 10 se ejecutarán una vez finalizado el internamiento en régimen cerrado que se prevé en el mismo artículo. Sin embargo, tratándose de delitos de terrorismo el art 54.1 LRPM y art. 11.5 del Reglamento establecen que la ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas por otros jueces o salas de menores.

[31] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 464.

medidas en una sola, mediante el proceso de sumar las mismas con la limitación que la medida resultante no puede ser superior al límite del doble de la medida más grave de las refundidas. Y habrá de procederse de este modo respecto de cada grupo de medidas de la misma naturaleza que hayan sido impuestas al menor.

El juez competente para efectuar la refundición de las medidas conforme al art 47 es, según lo previsto en el art. 11.1 y 12 LRPM, aquel que haya dictado la primera sentencia firme.[32] Se ha entendido que dicho límite va referido a la medida concreta contemplada en la sentencia y no a las posibilidades máximas de duración que contempla la ley.[33]

Se sostiene por algunos,[34] que tratándose de las infracciones no conexas podrían superarse los topes máximos previstos en los arts. 9 y 10 de la LRPM, así en los casos a que se refiere el apartado segundo del art.11 LRPM, pero sin relación de conexidad, el límite máximo de la medida no serían seis o diez años, según corresponda de acuerdo con la edad de los menores, sino el doble de la medida más grave refundida.[35] Sin embargo somos de opinión que dichos límites máximos genéricos previstos en los arts. 9 y 10 de la LRPM operan como límites absolutos y por ende si el doble de la medida impuesta por la infracción más grave los supera, habrá de ajustarse su extensión a ellos, pues de lo contrario se burlaría el efecto que se persigue con las normas de acumulación, cual es corregir las penas excesivamente largas.

Asimismo, se ha estimado que aun cuando se trate de delitos conexos, si son enjuiciados en distintos procedimientos, el límite establecido en el art. 47.2 también les resulta aplicable, ello por cuanto, dicha norma no limita expresamente su aplicación a los delitos no conexos y por otra parte, su no aplicación a estos casos podría llevar al absurdo de otorgar un régimen más severo a la acumulación de delitos conexos que a la de los no conexos, así por ejemplo, en el caso de un menor de 17 años condenado en tres procedimientos distintos por tres homicidios conexos a la medida de cuatro años de internamiento cerrado en cada uno de ellos, al límite máximo de 10 años de internamiento (art.10.2 y 11.2 LRPM) habrá de añadírsele el límite previsto en el art. 47.2 LRPM y en definitiva la medida acumulada a imponer no podrá superar los ocho años de internamiento.[36]

[32] Con anterioridad a la LO 8/2006, era competente el juez que hubiese dictado la última sentencia.
[33] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 464.
[34] Fiscalía General Estado, Circular 1/2007 II.7.2 de 26 de noviembre.
[35] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 218.
[36] Fiscalía General del Estado, Circular 1/2007 de 26 de noviembre. III.7.1.

Finalmente el art. 47.3 de la LRPM extiende la aplicación de la reglas anteriores a aquellos casos en que estando en ejecución una medida, el menor cometiere un nuevo delito. Se estima por algunos que en este caso si ya se hubiera procedido a la refundición de medidas, si la medida a imponer no es más grave que alguna de las impuestas, carecerá de relevancia,[37] es decir, operaría la absorción. En cambio, si la nueva medida impuesta fuere más grave que las impuestas, se estima por algunos que podría variar la duración de la medida impuesta en virtud de la refundición.[38]

## II. La pluralidad o concurso de infracciones en el ordenamiento jurídico chileno. Ley N° 20.084.

La Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (en adelante LRPA), no contiene en su articulado referencia alguna al sistema de regulación de la concurrencia de infracciones, razón por la cual, en virtud de la aplicación supletoria de las normas del Código Penal y Procesal Penal,[39] dicha materia queda regulada por esos cuerpos normativos.

Sin embargo, en atención al complejo sistema de determinación de sanciones[40] que contempla la LRPA y a las particulares finalidades que a las mismas se asignan en dicha ley, la aplicación de la normativa de adultos, que responde obviamente a finalidades distintas, da lugar a dificultades que ponen en jaque tanto la coherencia sistemática de las normas concursales, como el logro de los fines que la LRPA asigna a las sanciones.

La regla general y subsidiaria que contempla el ordenamiento jurídico chileno para regular la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo, está contenida en el art. 74 del CP, en virtud de la cual al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, es decir, la regla general, es la de la acumulación material de penas, debiendo en consecuencia determinarse en concreto la pena correspondiente a cada delito por separado.

---

[37] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la...*, cit., p. 465.

[38] Fiscalía General del Estado, Circular 1/2007 de 26 de noviembre III.7.3.3.1.

[39] Los arts. 1 y 27 de la LRPA disponen que en lo no previsto en ella se aplicara supletoriamente lo dispuesto en el CP y CPP.

[40] A diferencia de la legislación española, la LRPA denomina expresamente a las consecuencias jurídicas previstas por la comisión de un hecho punible por una persona menor de edad, como sanciones.

En cuanto al orden de cumplimiento de las penas impuestas, el inciso 2° del art. 74 del CP establece que la regla general es el cumplimiento simultáneo de todas las penas impuestas, si ello es posible, y no se hace ilusoria alguna de las penas y si ello no fuere posible, se procederá a su cumplimiento en orden sucesivo principiando por las más graves.

Sin embargo, junto a la regla antes dicha el ordenamiento jurídico contempla una serie de situaciones especiales o que hacen excepción a ella y que tienen por objeto atemperar los efectos excesivos que pudiesen resultar de la aplicación de dicha regla general. Entre tales situaciones especiales, destaca la relativa a la reiteración de delitos de la misma especie contemplada en el art. 351 del CPP,[41] norma que condiciona su aplicación al evento de que la pena resultante sea más ventajosa para el condenado que la que resultaría de aplicar la regla general del art. 74 CP, ya que si así fuese se debe aplicar dicha regla general.

Decíamos que el art. 351 del CPP se aplica al supuesto de reiteración de delitos de la misma especie,[42] resolviendo dicho supuesto por medio del criterio de la acumulación jurídica o exasperación. Se distinguen en la referida disposición dos supuestos. Primero: si las diversas infracciones pueden estimarse como un solo delito,[43] caso en el cual se aumentará la pena en uno o dos grados; y segundo: si las infracciones no pueden estimarse como un solo delito, se aplica la pena de aquella que considerada aisladamente con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentada en uno o dos grados. Como es de advertir, ambos supuestos importan un aumento obligatorio de la pena, siendo lo facultativo la extensión de dicho incremento, el que deberá efectuarse a partir de la pena concreta que se hubiese determinado.[44]

Sin embargo, como ya indicábamos, sólo se aplicarán las reglas del art. 351 CPP cuando la pena así determinada sea menor que la que resultaría de aplicar el art. 74 CP, valoración que requiere entonces de la comparación de la pena

[41] Para más detalles en relación con las situaciones que hacen excepción a la regla general en materia concursal, véase MATUS ACUÑA J. P. "Comentario preliminar a los arts. 74 y 75. Régimen concursal en la ley chilena". en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, T. I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 383 y ss.

[42] Según dicha disposición, son tales aquellos que afectan a un mismo bien jurídico.

[43] Novoa, sostiene que es posible estimar como un solo delito aquellos tipos que pueden ser medidos en magnitudes o cuya caracterización o penas toman en cuenta ciertas cuantías pecuniarias. NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, T. II, Ed. Jurídica de Chile, 3° edición, Santiago, 2005, p. 227. En sentido contrario, Garrido, para quien esta suma de cuantías sería una aplicación analógica *in malam parte*, por lo que para él sólo deben estimarse como un solo delito los casos de reiteración del mismo delito. GARRIDO MONTT M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 346.

[44] POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Chileno. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 2003, p. 464.

única concreta determinada conforme al art. 351 CPP, con las penas concretas determinadas conforme al art. 74 CP.

Ahora bien, el proceso de determinación de la sanción contemplado en la LRPA, si bien en principio otorga una mayor discrecionalidad al juez, es dependiente del contemplado en el CP para la determinación de pena de adultos, pues en una primera fase reciben aplicación fundamentalmente normas provenientes de dicho ordenamiento general.

En efecto, el sistema de determinación de la sanción contemplado en la LRPA[45] se desarrolla en dos fases:

Primero: Se debe establecer la duración máxima de la sanción, para ello se deberá aplicar a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito correspondiente, las reglas previstas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con la sola excepción de lo dispuesto en el art. 69 CP (art. 21 LRPA). Es decir, a partir de la rebaja de grado, se aplicarán las reglas relativas al grado de desarrollo del ilícito, formas de participación, circunstancias atenuantes y agravantes y las reglas del concurso real e ideal, en su caso (arts. 74 y 75 CP).

La extensión máxima de la sanción establecida de conformidad a este procedimiento no podrá sobrepasar los límites establecidos en el art.18 LRPA para la sanción de internación en régimen cerrado y semicerrado, esto es, no podrá ser superior a cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, ni de diez años si tuviere más de esa edad (art. 22 LRPA).

Segundo: efectuado lo anterior, se deberá determinar la naturaleza y extensión definitiva de la sanción conforme a lo establecido en los arts. 23 y 24 de la LRPA.[46]

[45] Con detalle sobre el sistema de determinación de penas en la Ley 20.084, véase: HORTVTZ LENNON, M. I. "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2006, pp. 97 y ss.

[46] Artículo 23. Reglas de determinación de la naturaleza de la pena; la determinación de la naturaleza de la pena que debe imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.
3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un día y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días,

Esta segunda fase está orientada a concretar los fines preventivos especiales reconocidos a estas sanciones (art. 20 LRPA).

Ahora bien, el complejo sistema de determinación de las sanciones establecido en la LRPA ofrece no pocas dificultades para la aplicación de los arts. 74 del CP y 351 CPP, como asimismo para efectuar la valoración comparativa entre ambas normas, en orden a establecer cuál de ellas conlleva a una pena menor para el infractor, por cuanto, como veíamos, tanto en su aplicación como en su comparación, ambas normas requieren que estemos frente a una sanción concreta, la cual en el sistema de determinación de las sanciones de la LRPA sólo se puede establecer en su naturaleza y extensión definitiva al concluir el proceso de individualización de la sanción, por lo que la aplicación en forma previa a la conclusión de dicho proceso individualizatorio de los arts. 74 CP y 351 CPP, como pareciera disponerlo el tenor del art. 21 de la LRPA, no nos permite satisfacer la exigencia que la valoración comparativa entre ambos regímenes concursales lo sea en función de sanciones concretas.

En efecto, conforme al orden establecido en el art.21 de la LRPA, la aplicación de los arts. 74 CP y 351 CPP se efectúa en la primera fase, pero dicho proceso no nos conduce a una sanción concreta, ni en su naturaleza ni en su extensión, pues la duración máxima de la sanción resultante de esta primera fase sólo nos deja frente a una serie de tramos contemplados en el art. 23 de la LRPA, cuya finalidad es ofrecer al sentenciador un catálogo de sanciones diversas en su naturaleza y con una extensión sólo determinada en su límite superior, pues los fines preventivos especiales de las sanciones juveniles permiten rebasar hacia abajo los límites de las sanciones.

La dificultad denunciada no ha recibido mayor atención ni por parte de nuestra doctrina, ni de nuestra jurisprudencia, la cual no obstante verse enfrentada a

el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas; prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado

5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

Artículo 24. Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

a) La gravedad del ilícito de que se trate;
b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
d) La edad del adolescente infractor;
e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y
f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

diario con esta problemática, por lo general omite pronunciamientos expresos sobre el particular, efectuando más bien una aplicación intuitiva de las normas en comento.

Hace excepción al silencio de nuestra doctrina el profesor Matus,[47] quien parte reconociendo que antes de determinar la naturaleza y extensión definitiva de la sanción juvenil, no es posible estar frente a una sanción concreta, toda vez que en la primera etapa del proceso de determinación de la sanción previsto en LRPA se ha excluido expresamente la aplicación del art. 69 CP,[48] precepto que en su concepto, tratándose de adultos, establece el modo de determinar la cuantía concreta de la pena dentro del grado correspondiente, privándose con ello al tribunal de los parámetros para determinar en el caso de adolescentes la pena concreta, determinación que a su juicio, en el caso de pluralidad de infracciones, debiera efectuarse antes de su sustitución por las sanciones del art. 6 de la LRPA, para hacer posible dicha sustitución.

No obstante lo anterior, estima este autor que es posible argumentar para los efectos de LRPA, que en ella existe un principio manifestado a efectos de determinación de pena en sus artículos 18, 20, 21 y 26, según el cual para que el adolescente sea adecuadamente responsabilizado de sus actos y sometido a una intervención educativa con sentido, no necesita sufrir una pena de duración igual o superior a la que correspondería a un adulto en casos similares.[49]

De esta forma, según Matus, "a falta de los criterios que en el art. 69 CP se establecen para la concreción de la pena en el régimen de adultos, el tribunal en el caso de los menores, sólo podrá concretar éstas una vez aplicadas las reglas de los arts. 50 a 55 y 67 del CP, en el mínimo correspondiente, esto es, en la mínima extensión del grado aplicable o en la mínima extensión de su *máximum*, según corresponda, pues con ello se logra suficientemente "responsabilizar" al menor y permitir la imposición de la sanción reintegradora que corresponda(...) Sólo sobre esta base sería posible luego realizar las operaciones necesarias para determinar hipotéticamente cuál régimen concursal supone la imposición de la pena menor, si el de la reiteración del art. 351 CPP o el del concurso real del art. 74 CP, en el caso que ambos sean aplicables, o sólo la

[47] MATUS ACUÑA, J. P. "Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 14, N° 2, Talca, 2008, pp. 525 y ss.

[48] El art. 69 CP dispone que dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito

[49] MATUS ACUÑA, J. P. "Proposiciones respecto de...", cit., p. 548.

"suma hipotética" de las penas que corresponderían conforme a esta última disposición en los restantes".[50]

Estimamos, sin embargo, que la propuesta antes vista para permitir la comparación entre los arts. 74 CP y 351 CPP no está exenta de reparos, pues ella en algunos casos colisiona con las características y finalidades de las sanciones en la LRPA y con las propias exigencias de las reglas concursales, lo que hace necesario explorar otras alternativas de interpretación.

En primer término, si partimos de la base que a través del régimen concursal se procura brindar un tratamiento más benigno para el condenado, cabe también admitir que la forma de apreciar esa mayor benignidad es a través de la comprobación de la incidencia material, no hipotética, de la sanción impuesta en los derechos del condenado, por eso es que tratándose de adultos se requiere sin discusión que la valoración de tal incidencia lo sea en función de la pena concreta que se ha determinado.

La propuesta que se analiza conlleva el riesgo, expresamente prohibido en la LRPA, de tratar en forma más desventajosa a un menor de edad que a un adulto,[51] pues si sólo bastara, para la elección del régimen concursal en el caso de menores, con la comparación en base a sanciones hipotéticas, de marcos penales abstractos, bien puede resultar que una vez concretada la sanción, le fuese más favorable el régimen desechado, riesgo que nunca existiría en el caso de adultos.

No permite superar dicho riesgo lo sostenido en el sentido que los principios de la LRPA permitirían tomar como base a partir de la cual ha de hacerse la comparación, la sanción hipotética resultante en el mínimo del grado respectivo o en la mínima extensión de su máximum, para luego efectuar su sustitución por la sanción juvenil, pues junto con seguir comparando sanciones no concretas, con ello se desconoce que, tratándose del proceso de determinación de las sanciones de la LRPA, no se trata de sustituir automáticamente penas de adultos por sanciones equivalentes de adolescentes.

En efecto, el art. 6 de la LRPA, ubicado en el párrafo de las sanciones en general (párrafo 1 LRPA), ha reemplazado en forma previa y con carácter general todas las penas de adultos, por sanciones propias para los adolescentes, distintas en naturaleza, contenido y finalidad, y cuya aplicación, a diferencia de lo que

[50] Ibídem, pp. 548 y 549.

[51] El art. 26 inc. 2° de la LRPA señala que en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.

ocurre en adultos, no viene asociada linealmente a la comisión de un determinado delito y a la que por lo demás se asigna una finalidad preventiva especial preferente durante todo su proceso de individualización. Por tanto, la sanción que se está determinando en todo el proceso de individualización contemplado en la LRPA es una sanción juvenil, y no primero se determina una sanción de adulto para luego transformarla en juvenil, ya que con ello se restringiría el ámbito de comparación exclusivamente a las sanciones privativas de libertad del sistema juvenil, por ser las únicas que presentarían alguna equivalencia de contenido con las privativas de libertad del sistema de adultos, lo que si bien podría eventualmente permitir efectuar algún tipo de comparación relativa a su mayor o menor intensidad, impediría, por otra parte, la comparación con el resto de las sanciones de la LRPA, que, no podemos olvidar, son la mayoría y la regla general.

Por otra parte, las sanciones de la LRPA no constan de grados con extensión mínima, lo que se demuestra por la circunstancia que la primera fase de individualización judicial de la sanción juvenil, efectuada conforme a las reglas del CP, sólo tiene por finalidad conducir al sentenciador frente a tramos que le ofrecen un amplio catálogo de sanciones, de la más diversa naturaleza y contenido, fijando al mismo tiempo sólo la extensión máxima, pero no impidiendo la aplicación de una extensión menor a ese mínimo hipotético predeterminado, si así lo autorizaran los fines preventivos especiales.[52]

De esta forma y teniendo en cuenta además que en la mayoría de las sanciones previstas en la LRPA por propio mandato de ella sólo se podrá determinar su extensión definitiva, es decir, su carácter de sanción concreta, al final del proceso de individualización de la misma,[53] una posible alternativa de interpretación de la valoración del régimen concursal más favorable sería que ésta se efectúe una vez finalizado dicho proceso de determinación, ya que con ello se permite valorar efectivamente cuál régimen concursal conduce efectiva y materialmente a una sanción menor, concepto que atendida la diversa naturaleza de las sanciones contempladas en la LRPA, sólo puede efectuarse con criterios cualitativos y no meramente cuantitativos, como en adultos.

[52] Así también lo ha estimado nuestra Corte Suprema al resolver: *"En este predicamento, el magistrado del grado siguiendo paso a paso las etapas que contempla la ley respectiva, y dejando constancia de los parámetros que tuvo en consideración para fijar la pena definitiva, estando legalmente facultado para imponerla dentro del grado en que la determinó, es soberano para definir la extensión que estime conveniente, según las particulares condiciones de cada caso, toda vez que, la ley nacional, tal como la mayoría de la legislación extranjera consultada en su establecimiento, no establece un mínimo en cada sanción sino tan sólo el máximo. Esta es la única manera de darle contenido y coherencia a las diversas normas citadas, y a todo el nuevo régimen que establece la Ley de Responsabilidad Juvenil, desde que se trata de un todo orgánico como sistema de establecimiento de sanciones"*. C.S. Rol 316-08, de 14 de julio de 2008.

[53] Así ocurre con Libertad Asistida (arts. 13 y 14); Reparación del daño (art. 10); Servicios en Beneficio de la Comunidad (art. 11).

Esta interpretación, por otra parte, podría explicar la expresa exclusión que efectúa la LRPA en la primera etapa del proceso de determinación de la sanción del art. 69 CP, que contiene los criterios para establecer la cuantía concreta de la sanción en el caso de adultos, contemplando y reservando la LRPA expresamente la aplicación de esos criterios para la fase final del proceso de individualización judicial de la sanción, a través de la aplicación de los criterios contenidos en el art. 24, para con ello asegurar la orientación de esa sanción concreta a los fines resocializadores previstos en la ley.

De entre las dos alternativas interpretativas antes vistas, cabe señalar, que nuestra jurisprudencia, por lo general, aun cuando sin explicitar su razonamiento, aplica los arts. 74 CP y 351 CPP en la primera fase del proceso de individualización de la sanción juvenil, efectuando la comparación en base a la extensión de penas abstractas, así ocurrió en el caso de un adolescente de 17 años juzgado por dos delitos de robo con violencia y respecto de quien concurría la atenuante de imputabilidad disminuida.[54] En dicho caso, el tribunal estimó que, por aplicación del art. 21 de la LRPA, la sanción para cada delito quedaba fijada en el rango de tres años y un día a cinco años, y como le favorecía la atenuante de imputabilidad disminuida, correspondía rebajar dicho rango en un grado, por lo que la sanción quedaba ahora en el rango de quinientos cuarenta y un día a tres años. Llegado a ese instante del proceso de determinación judicial, se estimó que le era más favorable al condenado el régimen del art. 351 CPP, por lo cual se aumentó la pena un grado, volviendo al rango de tres años y un día a cinco años, para posteriormente al fijar la pena concreta conforme a los criterios de los arts. 23 y 24 LRPA, condenar al infractor por los dos delitos, a tres años y un día de régimen cerrado.

Pues bien, de haberse efectuado la comparación entre el art. 74 CP y el art. 351 CPP, una vez establecida la pena concreta (sanción privativa de libertad en la mínima extensión del tramo respectivo), se llega a la conclusión que resultaba una pena menor para el infractor si se hubiese aplicado el art. 74 CP, por cuanto, le hubiesen correspondido dos penas de quinientos cuarenta y un día de régimen semicerrado (la única sanción privativa de libertad contemplada en el tramo tercero del art. 23 de la LRPA), que sumadas no sobrepasan la extensión de los tres años y un día a los que se le condenó.

El referido ejemplo deja de manifiesto lo complejo que resulta efectuar la comparación entre los regímenes concursales –diseñados para el sistema de adultos– en el contexto de la LRPA, toda vez que el tener que comparar en

[54] Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, sentencia de fecha 5 de mayo de 2009, en causa Rit N° 149-09.

ésta última sanciones de naturaleza y contenido diverso, sin limites mínimos preestablecidos, conlleva que la decisión del momento en que se debe efectuar la comparación de los regímenes concursales, pueda conducir a resultados que frustren el logro de las finalidades que precisamente se persiguen con dichos regímenes.

En efecto, como hemos visto si optamos por efectuar la valoración comparativa con anterioridad a la determinación del contenido y extensión concreta de la sanción, nos puede llevar a desestimar un régimen concursal que en definitiva resultaba más favorable, como en el caso propuesto, o bien, nos puede llevar a excluir en forma anticipada tramos que contemplan alternativas de sanción siempre menos gravosas, como también ocurría en el caso propuesto, ya que por la aplicación del art. 351 CPP se llegó a un tramo (el art. 23 N° 2 de la LRPA) que contempla entre sus alternativas, como sanción más gravosa la internación en régimen cerrado, la que nunca hubiese podido aplicarse de haberse optado por el régimen del art. 74 CP, que conducía al tramo N° 3 del art. 23 de la LRPA, que no contempla dicha sanción.[55]

Para salvar esta última observación, podría plantearse que si la comparación se efectúa con anterioridad a la determinación de la pena concreta, ella se debe efectuar no en base a extensiones mínimas hipotéticas, sino en relación con las alternativas de sanción que ofrece cada tramo del art. 23 de la LRPA, optando entonces por aquel régimen concursal que conduzca a un tramo que siempre ofrezca la posibilidad de aplicar sanciones menos gravosas en su naturaleza que las contempladas en otro de los tramos, con lo cual de paso se cumpliría con el orden formal de aplicación de los arts. 74 CP y 351 CPP que establece el art. 21 de la LRPA.

Sin embargo, dicha opción tampoco elimina el riesgo que al fijarse el tipo y cuantía precisa de sanción, nuevamente se compruebe que se ha desechado el régimen menos gravoso, así en nuestro ejemplo, si se hubiese optado antes de determinar la naturaleza y extensión concreta de la sanción por el art. 74 CP, ya que en virtud de ello se aplicaba el tramo que ofrecía penas abstractas menos gravosas, esto es, el art. 23 N° 3 de la LRPA, en el cual, por una parte, no se contempla la internación en régimen cerrado (la que sí figura en el N° 2 del art. 23) y además se contempla como sanción la prestación de servicios en beneficio de la comunidad (la que no se contempla en el N° 2 del art. 23),

[55] Así por lo demás lo estimó la Corte de Apelaciones de Concepción, que en el caso analizado acogió recurso de nulidad interpuesto por la defensa, estimando que se había efectuado una errónea aplicación del derecho al haberse optado por la aplicación del art. 351 del CPP. Sentencia Corte Apelaciones de Concepción Rol N° 228-2009, de 26 de junio de 2009. En el mismo sentido, Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 391-2009, de 29 de mayo de 2009.

dicha opción, inicialmente más favorable, puede verse desvirtuada si en la determinación concreta de la sanción se hubiesen aplicado dos sanciones de tres años de libertad asistida especial, en circunstancias que de haberse optado por el régimen del art. 351 CPP, le habría correspondido por los dos delitos una sanción única de libertad asistida especial con un máximo de tres años.

No obstante lo anterior, hemos de reconocer que la opción de efectuar la comparación entre los regímenes concursales una vez concluido el proceso de individualización de la sanción tampoco asegura que ello siempre nos va a conducir a la aplicación del régimen más favorable, así se demuestra una vez más en nuestro ejemplo, si el infractor fuese acusado por tres robos con violencia y la pena concreta fuese régimen semicerrado en la extensión mínima del tramo respectivo, en tal caso le habría resultado más conveniente efectuar la comparación en base a extensiones hipotéticas, en la primera fase del proceso de determinación de la sanción, ya que la comparación habría sido entre tres años y un día de régimen semicerrado de haberse optado por el art. 351 CPP (art. 23 N° 2 LRPA) versus tres sanciones, cada una de ellas de quinientos cuarenta y un días (art. 22 N° 2 LRPA) de haberse optado por dar aplicación al art. 74 CP.

Ante el panorama descrito, una segunda alternativa de interpretación, sin duda más radical, pero tal vez más coherente con la sistemática del régimen de reiteración delictiva previsto en el art. 351 CPP, sería sostener su inaplicabilidad en el contexto de la LRPA, por cuanto dicha disposición requiere como presupuesto de su aplicación que se trate de delitos cuyas penas puedan graduarse en límites mínimos y máximos fijados en forma previa, a partir de los cuales se debería efectuar el aumento de al menos un grado, graduación que en el caso de la LRPA, no es tal, o al menos no para todas las sanciones que ella contempla.

En suma, de lo expuesto no podemos sino concluir que estamos frente a una materia que requiere de una pronta reforma legislativa que procure con seguridad y claridad, garantizar que cuando estamos frente a una pluralidad de infracciones, también se sigue valorando prioritariamente el interés superior del menor.

## Bibliografía

ALTAVA LAVALL, M. G. "Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española", en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, González Cussac/ Cuerda Arnau (coords.), Universitat Jaume I, 2006.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. "El sistema de aplicación de las sanciones en el derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre", en *Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Agustín Jorge Barreiro/Bernardo Feijoo Sánchez (eds.), Barcelona, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. "Principales aspectos sustantivo del nuevo Derecho penal juvenil español", en *El nuevo Derecho penal Juvenil español (jornadas sobre la nueva ley Penal del menor celebradas en la Universidad de Zaragoza, los días 4,10 y 11 de mayo de 2001)* Miguel Boldovar Pasamar. Ed. Zaragoza, 2002.

CILLERO, B. M. "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Unicef, Santiago 2007, p. 243.

CURY URZÚA, E. *Derecho Penal. Parte General.* Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /FEIJOO SÁNCHEZ, B. /POZUELO PÉREZ, L. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal.* Ed. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007.

GARCÍA PÉREZ, O. "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho penal de menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal I*, Madrid, 2002.

GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

HORTVTZ LENNON, M. I. "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2006.

MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

MAPELLI CAFFARENA, B./GONZÁLEZ CANO, M. I./AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Junta de Andalucía IAAP, Sevilla, 2002.

MATUS ACUÑA, J. P. "Comentario preliminar a los arts. 74 y 75 Régimen concursal en la ley chilena", en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, T. I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

MATUS ACUÑA, J. P. "Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la Ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 14, N° 2, Talca, 2008.

NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, T. II, Ed. Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 2005.

POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

SANZ MORAN, A. J. "El concurso de delitos en la reforma penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos*. CGPJ, Madrid, 1995.

# Las sociedades por acciones SpA

**José Miguel Sarroca Poblete***
*Abogado. Master in Business Law*
**Universidad Adolfo Ibáñez**

Las sociedades por acciones fueron creadas por la Ley N° 20.190, que introdujo modificaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo (también la denominada modernización del mercado de capitales). Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 2007, fecha en que entró en vigencia, y podemos señalar que se refiere a aquellas sociedades mercantiles dotadas de personalidad jurídica constituidas por una o más personas, cuya participación –de los accionistas– en el capital es representada por acciones.

Una de sus principales características es que siempre son mercantiles y que pueden ser unipersonales,[1] toda vez que la ley permite que puedan constituirse por una persona;[2] (v.gr. al señalar que "la sociedad no se disolverá por reunirse todas las acciones en un mismo accionista".)[3]

---

* Fue profesor auxiliar de Derecho Internacional Privado y Coordinador de Postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

[1] En este punto la Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 46, de 4 de septiembre de 2008, a propósito de la situación tributaria de las SpA frente a las normas del impuesto al valor agregado (IVA) señala lo siguiente en relación a la exención del artículo 12 letra E) N° 12 del D.L. 825, de 1974: "La exención señalada en el artículo citado se aplica a los servicios prestados por trabajadores que laboren solos, en forma independiente, y en cuya actividad predomine el esfuerzo físico por sobre el capital o los materiales empleados.
Luego, es requisito sine qua non para ampararse en este artículo que quien preste el servicio en forma independiente sea una persona natural. Es por esta razón que las SpA, en su calidad de personas jurídicas, no podrán sujetarse a lo dispuesto en el artículo 12 letra E) N° 12 del D.L. 825, de 1974. La conclusión no varía por el hecho de que la SpA tenga un único accionista y éste sea persona natural".
**Comentario:** sin embargo, en la práctica creemos que si los servicios expuestos constituyen un hecho no afecto a IVA, es insustancial analizar si corresponde aplicar la exención del artículo 12 del D.L. 825, de 1974, desde que, para que un hecho sea calificado de exento, es requisito sine qua non que previamente se encuentre gravado.

[2] Ver inciso primero del artículo 424 del Código de Comercio.

[3] Ver artículo 444 del Código de Comercio: "Salvo que el estatuto disponga lo contrario, la sociedad no se disolverá por reunirse todas las acciones en un mismo accionista".

Estas sociedades por acciones se rigen por un estatuto legal especial que se encuentra en el párrafo 8 del Título VII del Libro II del Código de Comercio, introducido por la Ley N° 20.190[4] y en lo que corresponde a su saneamiento se rige por la Ley N° 19.499. En subsidio de lo anterior las rigen las normas de las sociedades anónimas cerradas (Ley N° 18.046) y además las normas generales que les sean aplicables del Código de Comercio.[5] Sin perjuicio de lo anterior, como todo contrato, su primera fuente la encontramos en sus estatutos, los cuales son otorgados por la o las personas que la constituyen, donde prima especialmente el principio de la libertad contractual.

## Solemnidad

La sociedad por acciones es un contrato solemne, ya que requiere para su constitución y modificaciones cumplir con una serie de solemnidades y formalidades.

## Constitución[6]

Para su constitución se requiere la concurrencia de dos actos:

(i) Un acto constitutivo, esto es, la expresión de voluntad de formar una sociedad de este tipo, expresada por uno o más accionistas que se individualizan en el mismo acto, y

(ii) el otorgamiento de los estatutos de la sociedad.

---

[4] Las sociedades por acciones fueron creadas por la Ley N° 20.190, que introduce modificaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo (modernización del mercado de capitales). Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 2007, fecha en que entró en vigencia lo referente a las sociedades por acciones.

[5] Sin perjuicio de lo anterior, el lector deberá tener presente la nueva normativa contenida en la Ley N° 20.832, de 20 de octubre de 2009, que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas.

[6] Ver Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 46, de 4 de septiembre de 2008. Inscripción en el Rol Único Tributario y Declaración Jurada de Inicio de Actividades.
(a) El objeto de las SpA, de acuerdo a lo dispuesto por el N° 2 del inciso segundo del artículo 425 del Código de Comercio, siempre será considerado mercantil, y por ende estarán sometidas a las disposiciones de dicho Código.
Este tipo de entes jurídicos (sociedades) en virtud de las actividades que realizan dentro de su objeto social pueden verse afectadas por impuestos, y conforme a esta condición, de acuerdo a lo establecido por el artículo 66 del Código Tributario, deben inscribirse en el Rol Único Tributario (RUT) de conformidad con las normas del reglamento que regula dicha inscripción, contenido en el D.F.L. N° 3, de 1969, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de 15.02.1969.
(b) Por otra parte, las SpA, en virtud de su naturaleza jurídica y el objeto social que desarrollan, pueden iniciar negocios o desarrollar actividades susceptibles de producir rentas gravadas en la primera categoría de la LIR, conforme a las normas de los N°s 1, 3, 4 y 5 del artículo 20 de dicha ley, y en el evento

Ambos actos quedan manifestados en forma escrita en una escritura pública o instrumento privado firmado por sus otorgantes y autorizado por un notario público, en cuyo registro será protocolizado si fuere este último caso.[7]

El estatuto social debe establecer o regular, a lo menos, las siguientes materias:

1. El nombre de la sociedad, que debe concluir con la expresión SpA;

2. El objeto de la sociedad, que será siempre considerado mercantil;

3. El capital de la sociedad y el número de acciones en que el capital es dividido y representado, y el monto que se encuentra suscrito y pagado;

4. La forma como se ejercerá la administración de la sociedad y se designarán sus representantes, con indicación de quiénes la ejercerán provisionalmente, en su caso, y

5. La duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida y, si nada se dijere, tendrá este carácter.[8]

Por otra parte, el extracto[9] del acto de constitución y estatutos debe contener a lo menos lo siguiente:

(1) nombre de la sociedad y (2) de sus accionistas, (3) objeto, (4) monto del capital suscrito y pagado y (5) fecha de otorgamiento, nombre y domicilio

---

que esto ocurra, tales entidades de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 68 del Código Tributario, deben presentar al Servicio dentro de los dos meses siguientes a aquel en que comiencen sus labores una declaración jurada de inicio de actividades. Asimismo, quedan sujetas a la obligación de poner en conocimiento de este organismo las modificaciones importantes de los datos y antecedentes contenidos en el formulario mediante el cual se efectuó la declaración de inicio de actividades.
(c) Los trámites señalados en las letras anteriores las SpA deberán efectuarlos en la Dirección Regional o Unidad del Servicio que corresponda a la jurisdicción de su domicilio, diligencias éstas que deberán efectuarse de acuerdo con las instrucciones impartidas mediante las Circulares Nos. 17, de 1995, y 31, de 2007, publicadas en internet (www.sii.cl).

[7] Ver artículo 425 del Código de Comercio.

[8] Siguiendo el modelo anglosajón, el artículo 425 del Código de Comercio distingue entre el acto de constitución social y los estatutos propiamente tales, los cuales deben acompañar al acto de constitución social.

[9] Un ejemplo práctico de extracto: "Gonzalo de la Cuadra Fabres, Notaría Santiago, certifica: por acta constitutiva autorizada y protocolizada notario suscrito fecha hoy, bajo N° 2223, Repertorio N°7321, Francisco Fernando Fernández Hernández, constituyó sociedad por acciones denominada "FFFH SpA". Accionista Francisco Fernando Fernández Hernández. Objeto: El objeto de la sociedad es la gestión inmobiliaria y la inversión y administración de toda clase de bienes muebles corporales e incorporales, valores mobiliarios, acciones bonos, efectos de comercio, derechos, cuotas y la participación en sociedades de cualquier naturaleza. Capital suscrito y pagado: $ 750.000. Santiago, 3 de noviembre, 2009".

del notario y registro, rol o folio de la protocolización, si procediere. Además, deberá inscribirse en el registro de comercio correspondiente al domicilio de la sociedad y publicarse en el Diario Oficial, dentro del plazo de un mes,[10] contado desde la fecha del acto de constitución social.[11]

## Modificación

Las modificaciones de la sociedad deben acordarse en una junta de accionistas. De este acuerdo se dejará constancia en un acta que deberá ser protocolizada o reducida a escritura pública. Sin embargo, no se requerirá la celebración de la junta ya señalada si la totalidad de los accionistas suscribieren una escritura pública o un instrumento privado protocolizado en el que conste tal modificación.

Un extracto del documento de modificación o del acta respectiva, según sea el caso, será inscrito y publicado en la misma forma establecida para la constitución social. El extracto deberá hacer referencia al contenido de la reforma sólo cuando se haya modificado alguna de las materias señaladas en el artículo 426 del Código de Comercio.

La omisión de las solemnidades, requisitos y menciones señaladas precedentemente y que se establecen en los artículos 425, 426 y 427 acarrea la nulidad de pleno derecho que establecen los artículos 6° y 6° A de la Ley N° 18.046, sin perjuicio de los casos en que proceda el saneamiento.

## Saneamiento

El saneamiento de los vicios de forma de la constitución y modificación de una SpA se rige por las normas de la Ley N° 19.499.[12]

[10] Los plazos de meses están especialmente tratados en el artículo 48 del Código Civil, que señala en sus incisos segundo y tercero:
El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 días y el plazo de un año de 365 o 366 días, según los casos.
Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

[11] Ver artículo 426 del Código de Comercio.

[12] Ver artículo 428 del Código de Comercio (incisos 2° y 3°).
El saneamiento de las nulidades que afecten la constitución y modificaciones de sociedades por acciones regidas por el presente párrafo se efectuará conforme lo dispuesto por la Ley N° 19.499.
Si de acuerdo a lo dispuesto en dichas normas se declara nula la sociedad o no es procedente su saneamiento, los accionistas podrán liquidar por sí mismos la sociedad de hecho o designar uno o más liquidadores.

## La razón social

Con el fin de identificar claramente a este tipo de sociedad frente a terceros, la ley prescribe que su denominación debe concluir con la expresión "SpA".[13] Esta disposición es una norma imperativa de orden público.

Si el nombre de una sociedad fuere idéntico o semejante a otra ya existente, ésta tendrá derecho a demandar la modificación del nombre de aquella mediante juicio sumario.

Es importante recalcar la imposibilidad de tener más de un nombre o razón social.

En cuanto a los nombres de fantasía, ellos no están prohibidos y por lo tanto pueden pactarse libremente en el estatuto social.

## El domicilio

En el evento que no se designe domicilio en los estatutos, se entiende que la sociedad lo tendrá en la comuna del lugar de otorgamiento de los estatutos.

Si una sociedad tiene su domicilio en Santiago, el extracto debe inscribirse en el registro de comercio de la agrupación de comunas de la Corte de Apelaciones de Santiago. Distinto es el caso si el domicilio es en una comuna que pertenece a la agrupación de comunas de la Corte de Apelaciones de San Miguel u otra Corte, donde no es competente el registro de comercio de Santiago, no obstante que esa comuna pertenezca a la provincia de Santiago, caso en el cual debe inscribirse en el registro de comercio de la agrupación de comunas de la Corte de Apelaciones de San Miguel o de la Corte correspondiente.

En el evento de cambio de domicilio social, deberá inscribirse el correspondiente extracto de la modificación social, dentro del plazo legal de un mes contado desde la fecha de la reducción a escritura pública o de la protocolización del instrumento privado de la modificación social, tanto en el registro de comercio primitivo, como en el registro de comercio del domicilio a que se cambia la sociedad.

Con respecto a la posibilidad de tener más de un domicilio, la ley prescribe claramente que la escritura de sociedad debe inscribirse en el registro de

[13] En efecto, no procede incluir la expresión SpA al inicio de la razón social o al medio, ya que el nombre debe concluir con la abreviación "SpA". Ver artículo 425 del Código de Comercio.

comercio correspondiente al domicilio de la sociedad, sin dejar espacio para pactar más de un domicilio.

## La administración

La administración de las sociedades por acciones debe fijarse en su estatuto social. Para tal efecto, los estatutos deben indicar expresamente la forma cómo se ejercerá la administración de la SpA y cómo se designarán sus representantes.

En el caso de nombrarse un administrador o administradores, en el estatuto debe quedar claramente individualizado, ya que el número 4 del artículo 425 del Código de Comercio, al establecer las menciones mínimas que debe contener el primer estatuto de la SpA, señala que "se designarán sus representantes" incluso a quienes ejerzan la administración provisoria, además de señalar la forma en que se ejercerá la administración.

Y en el caso que se designe como administrador a un órgano colegiado, como un directorio o un comité, debe establecerse en el estatuto, no obstante ello, el nombramiento de una persona que opere como representante de la SpA. Sin perjuicio de establecer expresamente en los estatutos la forma cómo el directorio o comité se constituirá, cómo ejercerá sus funciones y cuáles serán las atribuciones y facultades.

Es importante señalar que toda esta regulación de la administración no requiere ser extractada para su inscripción en el registro de comercio y publicación en el Diario Oficial.

## El gerente

En mérito de lo anterior, para que la SpA actúe y sea representada legalmente, debe en sus estatutos a lo menos nombrarse un representante legal, que puede ser un gerente o gerente general, a quien corresponderá la representación legal de la sociedad, incluida la representación ordinaria del inciso primero del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, conforme lo prescribe expresamente el artículo 8° del mismo cuerpo legal.

Las facultades del representante o gerente son las que se le otorguen en los estatutos o las que le delegue el directorio en el poder correspondiente. Si no se le asignaren facultades, éste tendrá las indicadas en la ley, dentro de las cuales tenemos la representación legal ordinaria ya indicada (inciso primero del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil), la custodia del registro de

accionistas e inscripción de los gravámenes, entendida como una obligación, consistente en que éstos sean llevados con la regularidad y con las responsabilidades que establece la ley.

## Revocación de poderes

Asimismo, con respecto a las revocaciones, solamente es el administrador, o el directorio en su caso, quien puede revocar los poderes otorgados por ellos mismos.

Para los casos en que la sociedad ha sido repactada, también es necesario que en dicho acto se ratifiquen los poderes otorgados con anterioridad a la repactación.

Por otra parte, cuando en los estatutos sociales se establezca que deberá tomarse nota al margen de la inscripción social en el registro de comercio competente de los poderes que se otorguen o de los nombramientos que se hagan, es necesario que se materialice el cumplimiento de dicho requisito.

Asimismo, cuando en los estatutos sociales o en una sesión de directorio se establezca que determinadas facultades sólo se ejercerán previa aprobación expresa del directorio, estas facultades no se entenderán conferidas, hasta que se otorguen en una sesión especial.

## El capital

El capital social debe ser fijado de manera precisa en sus estatutos[14] y debe estar dividido en un número determinado de acciones nominativas de igual valor. Si el capital estuviere dividido en acciones de distintas series, las acciones de una misma serie deben tener un mismo valor.[15]

El capital inicial y sus posteriores aumentos deben quedar totalmente suscritos y pagados, en el plazo que se fije en sus estatutos, y si nada se dice, el plazo será de cinco años. Si así no ocurriere al vencimiento del plazo, el capital quedará reducido al monto efectivamente suscrito y pagado.[16]

[14] Ver inciso primero del artículo 434 del Código de Comercio.
[15] En esta materia, se aplica supletoriamente el artículo 11 de la Ley N° 18.046 de S.A.
[16] Ver inciso final del artículo 434 del Código de Comercio.

Para el pago de las acciones suscritas puede darse en pago o aportar todo tipo de bienes, siempre y cuando sean avaluados en dinero por la unanimidad de los accionistas. También puede fijarse un capital en moneda extranjera, dividido en acciones, en la medida que se adecuen a la normativa sobre operaciones de cambios internacionales fijadas por el Banco Central de Chile.

Con relación a la obligación de enterar el aporte, es recomendable indicar un plazo expreso para pagar el capital, de manera de evitar, por ejemplo, la cláusula de estilo que establece que el pago se hará conforme al "estado de los negocios sociales" o "a medida que lo requieran las necesidades sociales". Lo anterior no sería suficiente, por lo que deberá entenderse establecido el plazo legal de cinco años.

Los aumentos de capital deben ser acordados por los accionistas, ya sea en junta de accionistas, con las solemnidades de una modificación social, o por acto de la administración, cuando así se le ha facultado en los estatutos, en forma general o limitada, temporal o permanente, con el objeto de financiar la gestión ordinaria de la sociedad o para fines específicos.[17] En ambos casos, esta modificación de capital constituye una modificación de estatutos,[18] que en consecuencia debe materializarse en una junta de accionistas, para luego ser reducida a escritura pública o instrumento autorizado ante notario, debidamente protocolizado ante el mismo ministro de fe, debidamente inscrito en el registro de comercio competente y publicado en el Diario Oficial.

En la práctica puede suceder que se aporten derechos sociales en sociedades de personas, para lo cual en la misma escritura en que se efectúe el aporte deben comparecer todos los socios de la sociedad de personas otorgando su consentimiento para el ingreso de un nuevo socio y modificando la sociedad en tal sentido, circunstancia que además deberá extractarse, inscribirse y publicarse donde corresponda si la sociedad de personas requiere esa solemnidad.

Por otra parte, las disminuciones de capital deben ser acordadas por los accionistas, en junta de accionistas, con el acuerdo de la mayoría establecida en el estatuto. En silencio de éste, se requerirá el voto conforme de la unanimidad de los accionistas. Sin perjuicio de lo anterior, toda reducción de capital debe cumplir con las solemnidades de una modificación social, ya indicadas. Pero no podrá procederse al reparto o devolución de capital o a la adquisición de acciones con que dicha disminución pretenda llevarse a efecto, sino desde que quede perfeccionada la modificación estatutaria.[19]

[17] Ver inciso segundo del artículo 434 del Código de Comercio.
[18] Ver inciso primero del artículo 434 del Código de Comercio.
[19] Ver artículo 440 del Código de Comercio.

## Las acciones[20]

Las acciones de una SpA son nominativas y cesibles conforme a las normas de las sociedades anónimas y su reglamento.[21] En sus traspasos[22] deberá constar una declaración del cesionario en el sentido "que conoce la normativa legal que regula este tipo social, el estatuto de la sociedad y las protecciones que en ellos puedan o no existir respecto del interés de los accionistas. La omisión de esta declaración no invalidará el traspaso, pero hará responsable al cedente de los perjuicios que ello irrogue".[23]

Las acciones pueden ser ordinarias o preferidas. Pero si en la constitución o en una reforma se establecen series privilegiadas de acciones, deberá señalarse en qué consiste la preferencia y su duración. Incluso puede pactarse en los estatutos el pago de dividendos a que pudieren tener derecho las otras acciones, llegando incluso, para el evento que no existieren utilidades suficientes para cubrir este dividendo obligatorio, a registrar el saldo insoluto en una cuenta especial de patrimonio, que acumulará los dividendos adeudados por pagar; o bien, ejercer un derecho a retiro, a partir de la fecha en que se declare la imposibilidad de pagar este dividendo fijo.[24]

Los estatutos pueden establecer que las acciones sean emitidas sin imprimir láminas físicas de dichos títulos.

## Derechos

El artículo 437 del Código de Comercio señala que: "Cada accionista dispondrá de un voto por cada acción que posea o represente. Sin embargo, el estatuto podrá contemplar series de acciones sin derecho a voto, con derecho a voto

[20] Ver anexo N° 1.

[21] Aplicación de las normas de las sociedades anónimas, esto es, los artículos 11 y 12 de la Ley N° 18.046, y los artículos 12 y siguientes del reglamento de sociedades anónimas (Decreto Supremo N° 587), por mandato del inciso segundo del artículo 242 del Código de Comercio, que hace aplicables estas normas de las sociedades anónimas a las *"SpA"*, en silencio de sus estatutos sociales y de las normas del párrafo sobre "SpA"del Código de Comercio y siempre que no se contraponga a su naturaleza.

[22] En virtud de la flexibilidad que el legislador ha concedido a los accionistas en este tipo de organización societaria, será fundamental la revisión del estatuto social, el cual constituirá un elemento fundamental para conocer los derechos concedidos a sus accionistas y la regulación societaria.

[23] Ver artículo 446 del Código de Comercio.

[24] Con esta estipulación se modifica un principio clásico del derecho societario establecido en el artículo 2070 del Código Civil, que dispone que la distribución de los beneficios no se debía entender "respecto de cada negocio en particular" y que "los negocios en que la sociedad sufre pérdida deberán compensarse con aquellos en que reporta beneficio, y las cuotas estipuladas recaerán sobre el resultado definitivo de las operaciones sociales".

limitado o a más de un voto por acción; en cuyo caso deberán determinar la forma de computar dichas acciones para el cálculo de los quórum".

Este tipo de sociedades, al igual que las anónimas, no admite acciones de industria o trabajo y de organización, ya que de acuerdo a su naturaleza, sus accionistas aportan capital. En efecto, rige en este caso el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas, que prohíbe las acciones de industria y de organización, en concordancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 424 del Código de Comercio, que hace aplicable dicho cuerpo normativo de las sociedades anónimas, donde si bien hace primar el estatuto particular conforme al principio de la libertad contractual, pone como límite el que ello no se contraponga con su naturaleza.

Por otra parte la SpA puede adquirir o poseer acciones de su propia emisión, salvo que esté prohibido en sus estatutos, las que debe enajenar dentro del plazo de un año, si los estatutos no hubieren fijado otro plazo distinto para enajenarlas. "Con todo, las acciones de propia emisión que se encuentren bajo el dominio de la sociedad, no se computarán para la constitución del quórum en las asambleas de accionistas o aprobar modificaciones del estatuto social, y no tendrán derecho a voto, dividendo o preferencia en la suscripción de aumentos de capital".[25]

## Pactos de accionistas

Es posible pactar en los estatutos,[26] entre otras, las siguientes materias: (a) establecer porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrá ser controlado por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta, y sus efectos, obligaciones o limitaciones para los accionistas que quebranten dichos límites. En su defecto, dichas estipulaciones se tendrán por no escritas; (b) establecer que bajo determinadas circunstancias se pueda exigir la venta de las acciones a todos o parte de los accionistas, sea a favor de otro accionista, de la sociedad o de terceros. En caso de existir tales normas, el estatuto deberá contener disposiciones que regulen los efectos y establezcan las obligaciones y derechos que nazcan para los accionistas. En su defecto, dichas estipulaciones se tendrán asimismo por no escritas.[27]

[25] Ver artículo 438 del Código de Comercio, donde se consagra el principio de la libertad contractual, en relación con el inciso 2° del artículo 424 del mismo cuerpo legal.
[26] Ver el artículo 435 del Código de Comercio, donde se manifiesta nuevamente el principio de la libertad contractual como principio informador de estas sociedades.
[27] Ver anexo N° 2 al final de este artículo.

## Registro de accionistas

Toda sociedad por acciones debe llevar un registro de accionistas (art. 431 del Código de Comercio). En este registro debe anotarse al menos lo siguiente:

a) Nombre, domicilio y cédula de identidad o rol único tributario de cada accionista;

b) Número de acciones de que es titular cada accionista;

c) Fecha de inscripción;

d) Plazo y forma en que deben pagarse las acciones suscritas y no pagadas,

e) Inscripción de los gravámenes y de derechos reales distintos al dominio, que recaigan sobre el dominio de la acción;

f) Anotación de la transferencia del todo o parte de las acciones de cada accionista.

Este registro puede llevarse por cualquier medio que ofrezca seguridad de que no podrá haber intercalaciones, supresiones u otra adulteración que pueda afectar su fidelidad, y que además permita el inmediato registro o constancia de las anotaciones que deban hacerse y debe estar siempre disponible para su examen por cualquier accionista o administrador de la sociedad.

Son responsables de custodiar y llevar este registro los administradores y el gerente general de la SpA y responden solidariamente de los perjuicios que se causaren a accionistas y a terceros con ocasión de la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro.

## El arbitraje

La ley establece arbitraje obligatorio con el objeto de resolver los conflictos que se produzcan por diferencias entre los accionistas o entre los accionistas y la sociedad o sus administradores o liquidadores, o bien, entre la sociedad y sus administradores o liquidadores. El estatuto deberá indicar: a) el tipo de arbitraje y el número de integrantes del tribunal arbitral. En silencio del estatuto, conocerá de las disputas en única instancia un solo árbitro de carácter mixto, que no obstante actuar como arbitrador en cuanto al procedimiento, resolverá conforme a derecho, y b) el nombre o modalidad de designación de los árbitros y sus reemplazantes. En silencio del estatuto, los árbitros serán designados por el tribunal de justicia del domicilio social.

## La transformación

Las sociedades por acciones de pleno derecho se transforman en sociedades anónimas abiertas si durante más de noventa días seguidos reúnen los siguientes requisitos: a) tener quinientos o más accionistas o b) el diez por ciento de su capital suscrito pertenece a un mínimo de cien accionistas, excluidos los que individualmente, o a través de otras personas naturales o jurídicas, excedan dicho porcentaje.[28]

Una vez materializada la transformación se debe celebrar una junta de accionistas que establezcan la nueva modalidad social y elegir un nuevo directorio que continuará con la administración.

[28] Sin perjuicio de lo anterior, el lector deberá tener presente la nueva normativa contenida en la Ley N° 20.832, de 20 de octubre de 2009, que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas. "Artículo 3°. Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código de Comercio: 1) Sustitúyense en el artículo 430, las expresiones que van desde "La sociedad" hasta "abierta", por las siguientes: "La sociedad por acciones que durante más de 90 días seguidos tenga 500 o más accionistas o, a lo menos, el 10% de su capital suscrito pertenezca a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente o a través de otras personas naturales o jurídicas, excedan dicho porcentaje, por el solo ministerio de la ley se transformará en una sociedad anónima".

## ANEXO 1

**Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 46, de 4 de septiembre de 2008.**

**Impuestos que afectan a las SpA y a sus respectivos accionistas.**

(a) El inciso segundo del N° 6 del artículo 2 de la LIR, incorporado por el N° 1 del artículo 1° de la Ley N° 20.190, dispone que las sociedades por acciones reguladas en el Párrafo 8 del Título VII del Código de Comercio para todos los efectos de la Ley de la Renta, se considerarán anónimas.

(b) Ahora bien, al ser consideradas las SpA para los efectos de la Ley de la Renta como sociedades anónimas, a este tipo de sociedades y a sus respectivos accionistas les afectarán las siguientes obligaciones tributarias:

**(1) Obligaciones de las SpA**

(1.1) Deben declarar siempre la renta efectiva acreditada mediante una contabilidad completa y balance general, conforme a las normas del artículo 68 de la LIR.

En virtud de esta obligación, se hace presente que este tipo de sociedades no pueden tributar acogidas a los regímenes de renta presunta que establece la ley del ramo, como son aquellos contenidos en los artículos 20 N° 1 letra b) (actividades agrícolas), 34 N° 1 (actividades mineras), 34 bis N$^{os}$ 2 y 3 (actividades del transporte de pasajeros y carga ajena); debiendo siempre declarar por el desarrollo de este tipo de actividades la renta efectiva acreditada mediante una contabilidad completa y balance general como se señaló anteriormente (Circ. N° 58, de 1990).

(1.2) Al estar obligadas a llevar contabilidad completa, quedan sujetas al mecanismo de corrección monetaria establecido en el artículo 41 de la LIR. Se entiende por contabilidad completa aquella que comprende los Libros de Caja, Diario, Mayor e Inventarios y Balances, o sus equivalentes, y los libros auxiliares que exige la ley o este Servicio.

(1.3) Se afectan con el Impuesto de Primera Categoría, actualmente con tasa de 17%, aplicado sobre la renta líquida imponible determinada de acuerdo al mecanismo establecido en los artículos 29 al 33 de la LIR, y además, a la obligación de efectuar pagos provisionales mensuales a cuenta del citado tributo, conforme a las normas de la letra a) del artículo 84 de la ley precitada (Circs. N$^{os}$ 16, de 1991 y 95, de 2001).

(1.4) Por los gastos rechazados, partidas y rentas a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo 21 de la LIR se afectarán con el impuesto único de 35% que establece dicha norma legal (gastos rechazados que corresponden a retiros de especies o a cantidades representativas de desembolsos de dinero que no deban imputarse al valor o costo de los bienes del activo; retiros presuntos por el uso o goce de los bienes del activo de la sociedad; rentas presuntas provenientes de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 35, 36 inciso segundo, 38, a excepción de su inciso primero, 70 y 71, según corresponda, de la LIR; y préstamos que efectúen a sus accionistas que sean personas naturales).

Dichas sociedades no se afectarán con el citado impuesto único de 35% sobre todas aquellas cantidades o partidas que el referido artículo 21 expresamente libera de la aplicación del mencionado gravamen (Circs. N$^{os}$ 45, de 1984; 42, de 1990; 17, de 1993; 37, de 1995; 57, de 1998 y 11, de 2001).

(1.5) Obligadas a llevar el registro del Fondo de Utilidades Tributables y no Tributables (FUT y FUNT) a que se refiere el N° 3 de la letra A) del artículo 14 de la LIR y para los fines que indica dicho numerando en su letra c) (Circs. N°s 60, 1990 y 40, de 1991).

(1.6) Cuando las SpA pongan término a su giro, se afectarán con el impuesto único de 35% establecido en el artículo 38 bis de la LIR, sobre las rentas o cantidades retenidas en el Registro FUT, las que conforme a lo dispuesto por dicho precepto legal se consideran distribuidas a sus accionistas a dicha fecha.

(1.7) Respecto de las rentas que paguen a terceras personas por la prestación de servicios personales recibidos u operaciones financieras realizadas, las SpA están obligadas a efectuar las retenciones de impuesto a que se refieren los artículos 73 y 74 de la LIR, según sea la naturaleza de la renta pagada; retenciones que deberán declararse y enterarse en arcas fiscales dentro de los plazos legales establecidos en los artículos 78 y 79 de la ley precitada, utilizando para estos fines los Formularios N°s 29 y 50, según el tipo de retención de que se trate.

(1.8) Las retenciones de impuestos que efectúen conforme a lo señalado en el punto (1.7) anterior y las distribuciones de dividendos realizadas a sus accionistas, deben informarlas a este Servicio, y a su vez, certificarlas a los beneficiarios de las rentas cuando así lo soliciten, utilizando los modelos de Declaraciones Juradas y Certificados establecidos para tales efectos y contenidos en el Suplemento sobre Instrucciones Generales para la Confección de las Declaraciones Juradas y Certificados.

(1.9) De conformidad a lo dispuesto por el artículo 440 del Código de Comercio todo acuerdo de reducción de capital de las SpA deberá ser adoptado por la mayoría establecida en el estatuto (simple o calificada), y en silencio de éste se requerirá el voto conforme de la mayoría de sus accionistas. En este sentido, es aplicable en la especie la norma del inciso final del artículo 69 del Código Tributario, que dispone que no podrá efectuarse disminución de capital de las sociedades sin autorización previa del Servicio; trámite que deberá efectuarse conforme a las instrucciones de la Circular N° 17, del año 1995.

**(2) Obligaciones de los accionistas**

(2.1) Los accionistas de las SpA tributarán con los impuestos Global Complementario o Adicional, según corresponda, sobre las cantidades distribuidas a cualquier título por la respectiva sociedad, en el mismo ejercicio en que dichas cantidades se perciban, devenguen o distribuyan, con independencia del monto acumulado en el Fondo de Utilidades Tributables, y aun cuando en él no existan utilidades acumuladas; salvo que la empresa acredite con sus registros especiales que la distribución se imputó a otros ingresos no afectos a dichos impuestos. Es decir, dichos accionistas por los dividendos distribuidos quedarán sometidos al sistema de "retiros y distribuciones" establecido en el artículo 14 de la LIR; sujetándose tales distribuciones al orden de prelación contemplado en la letra d) del N° 3 de la Letra A) del artículo antes mencionado (Circs. N°s 60, de 1990, y 65, de 2001).

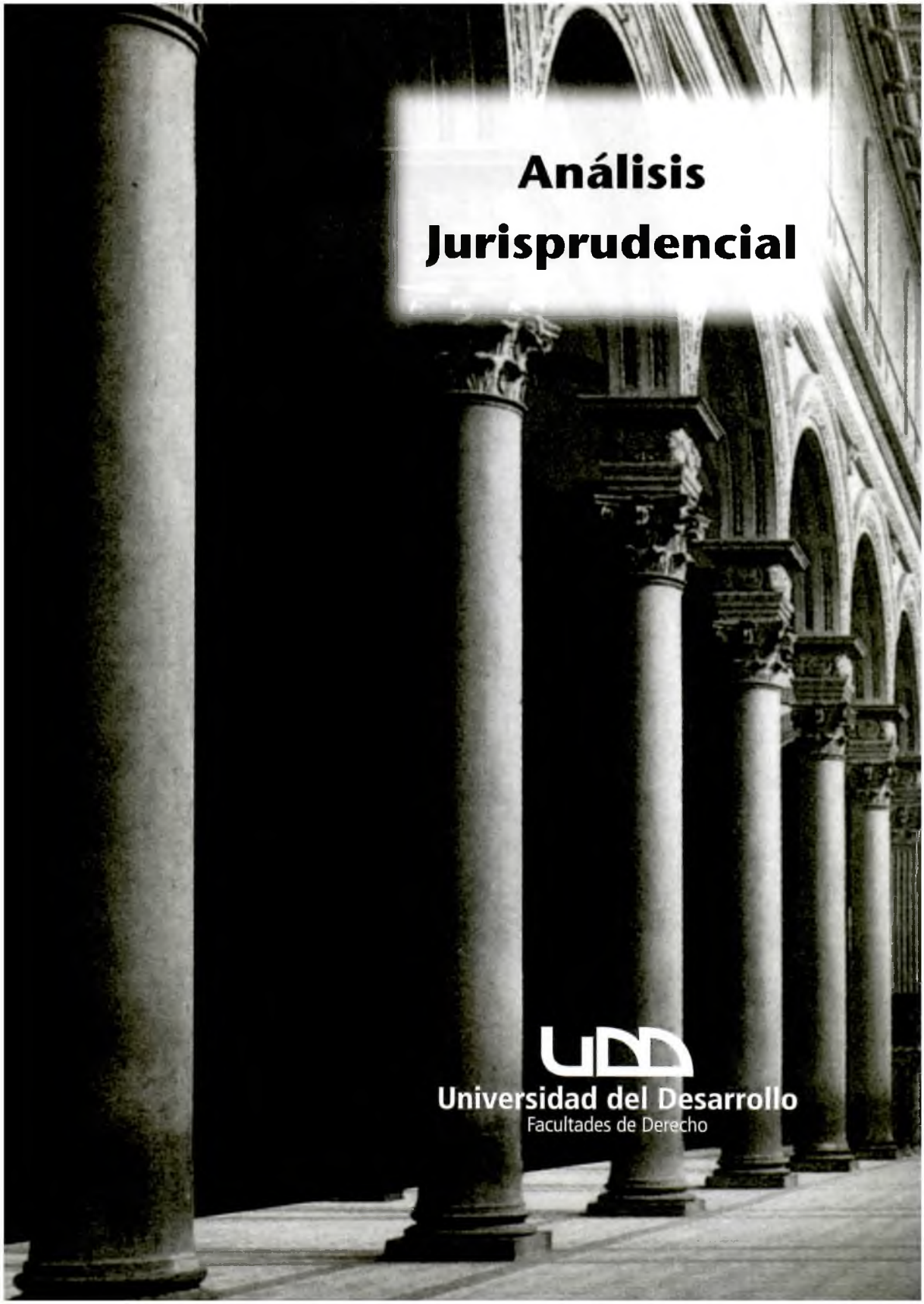
(2.2) Por los dividendos distribuidos por la SpA, los accionistas se encuentran impedidos de acogerse a las normas sobre reinversión de utilidades a que se refiere la letra c) del N° 1 de la Letra A) del artículo 14 de la LIR, ya que esta norma sólo favorece a los retiros que efectúen los empresarios individuales, socios de sociedades de personas y socios gestores de sociedades en comandita por acciones de las empresas o sociedades de la cual son sus respectivos propietarios o socios.

## ANEXO N°2

Sin perjuicio de lo anterior, es muy importante recordar los siguientes elementos o situaciones de carácter supletorio que se pueden presentar en los pactos de transferencias de acciones:

(i) prohibición absoluta de venta y gravamen por tiempo determinado: los accionistas reconocen que su proyecto común de negocio requiere de un período de tiempo durante el cual no quieren verse sometidos a la decisión de tener que comprar o vender sus acciones. Para ello, convienen que durante tal período los accionistas tendrán una prohibición absoluta de vender y gravar sus acciones. El costo que esta regla entraña es la pérdida temporal de liquidez de la inversión; (ii) acciones adquiridas por los miembros del pacto con posterioridad a su celebración: los accionistas convienen que las reglas del pacto, en cuanto a transferencia y control, se aplicarán no sólo con respecto a sus actuales acciones, sino que también a las que adquieran con posterioridad a su celebración. En este sentido, es usual que se incorporen reglas tales como: el establecimiento de prohibiciones o limitaciones a la adquisición de acciones adicionales, la obligación de distribuir por vía de reventa o de opción de compra, con respecto a las nuevas acciones; (iii) derecho de primera opción y derecho a primera oferta: los accionistas buscan: 1) tener un privilegio frente a terceros para incrementar su participación en el negocio común, frente a la decisión de otro miembro del pacto de vender o enajenar de otro modo su participación en todo o parte, y 2) evitar el dilema de tener que aceptar la pérdida de poder del pacto o aceptar a un tercero desconocido, atendido el carácter más o menos *intuito personae* que tiene el contrato. Para ello, la técnica contractual dispone de 2 mecanismos básicos: a) el derecho de primera opción y b) el derecho a primera oferta, conocidos por sus nombres en inglés *right of first refusal* y *right of first offer*, respectivamente. En el primer caso, se establece que para que un accionista pueda vender sus acciones a un tercero, debe contar con una oferta que cumpla con ciertos requisitos: haber sido formulada de buena fe, por escrito, con un plazo de vigencia suficiente, acompañada de una garantía de seriedad, etc., en que se indique la individualización del oferente, el precio y demás condiciones en las que el tercero está dispuesto a comprar las acciones. La oferta del tercero debe ser comunicada a los otros miembros del pacto, quienes, previo a que se acepte, tendrán por un determinado período derecho a comprar las acciones en las mismas condiciones, según cierta prorrata, si correspondiere. Sólo una vez que los otros miembros del pacto han optado por no comprar las acciones, el accionista vendedor puede, por un determinado plazo, vender sus acciones al tercero, en las condiciones de la oferta recibida. Las modalidades específicas de este mecanismo reconocen un amplio abanico de posibilidades. En el segundo caso, el mecanismo opera con una importante diferencia: no se exige que el accionista vendedor cuente con una oferta de un tercero, sino que simplemente se le prohíbe vender sus acciones a un tercero en condiciones más favorables para el tercero que las previamente ofrecidas a los demás miembros del pacto. La existencia de este tipo de mecanismos afecta adversamente en grados diversos el valor de la inversión por el accionista obligado. En el primer caso, el costo es mayor, dado que el impacto en el potencial interés de terceros de formular una oferta a sabiendas que los demás accionistas tienen el derecho a igualar su oferta, es significativo. Puede llegar a porcentajes de entre 10 y 25 por ciento del valor de la inversión. Como contrapartida, resulta de gran utilidad para los otros miembros del pacto conocer la identidad del tercero, puesto que ello puede ser decisivo en su decisión de comprar o no. En el segundo caso, la identidad del tercero no es conocida, pero el accionista vendedor puede buscar ofertas de terceros que no incorporen un castigo en sus condiciones por quedar el tercero a las resultas de la decisión de los demás miembros del pacto, en cuanto a ejercer o no su opción; (iv) opción de venta: la decisión de participar en el negocio por parte de uno o más de los accionistas miembros del pacto, puede estar determinada por tener ase-

que debe ser acuciosamente considerada por la otra parte. Así como en otros aspectos mencionados, en este le cabe al abogado asesor una importancia crítica. En cuanto a la segunda materia señalada bajo este acápite, una típica pregunta que surge durante el proceso de diseño de un pacto de accionistas, es la de si se vende o no con pacto. No cabe duda que al igual que lo que ocurre con la generalidad de los contratos, éstos tienen efecto vinculante sólo con respecto a quienes son partes del mismo. Con todo, en ocasiones resulta de interés para las partes establecer reglas que se aplicarán con respecto al derecho u obligación de terceros adquirentes de acciones del pacto en cuanto hacer suyos los derechos y obligaciones estipulados en él. Tal como ocurre con los demás mecanismos revisados con anterioridad, existe una amplia gama de posibilidades de técnica contractual a estos efectos. Puede, por ejemplo, ser una decisión que se otorgue al vendedor, al comprador, a las demás o a algunas de las demás partes. Con el consecuente costo para algunos y beneficio para otros; (xi) artículo 1554 del Código Civil: las cláusulas de los pactos de accionistas, como se ha visto, están constituidas por una combinación de promesas y opciones. Es por esto que en su redacción se deben incluir detallados procedimientos que sean autosuficientes y que contemplen plazos adecuados atendidas las circunstancias. Un error en el diseño del procedimiento pone a la cláusula en riesgo de resultar ineficaz, lo que puede traer consecuencias de insospechada magnitud. Por lo anterior, se debe poner especial atención a lo establecido en el número 4) del artículo 1554 del Código Civil, que dispone el deber de especificar de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban; (xii) prohibición de competir: es muy usual que los pactos de accionistas contengan prohibiciones o limitaciones al derecho de las partes a realizar actividades que sean competitivas con el giro de la sociedad o de los otros miembros del pacto. Esta limitación se extiende no sólo al período en que la parte obligada es parte del pacto, sino que por un período posterior a la vigencia que el pacto tenga a su respecto; (xiii) importancia de las multas: como toda obligación contractual, ésta puede no ser cumplida por el sujeto pasivo. Además, muchas veces la ejecución forzada de una obligación de no hacer puede resultar ilusoria. A ello se agrega que la prueba de los daños resultantes del incumplimiento de una obligación sobre transferencia de acciones, es una materia compleja y de muy difícil anticipación. Es por esto que la existencia de multas es un elemento crítico para la eficacia de las obligaciones de un pacto de accionistas. Asimismo, atendido que la vigencia de los pactos puede ser por largos períodos de tiempo, una cuestión que siempre debe ser considerada es el otorgamiento de prendas u otras garantías reales o personales.


Análisis
Jurisprudencial
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

# A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico

COMENTARIO:

**Julio Alvear Téllez***

Profesor de la Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El 3 de noviembre de 2009, la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, dictó una sentencia que causó conmoción en Italia y en diversos países europeos. El tribunal ordenó expulsar los crucifijos de las escuelas públicas, porque consideró que su sola presencia violaba la libertad de conciencia y de religión de los menores, así como su derecho a la enseñanza y a la educación.[1] El punto de apoyo de la sentencia fue el carácter laico del Estado italiano y la interpretación antirreligiosa –según veremos– de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El fallo se ha convertido, acorde con los observadores de diversas tendencias, en el más controvertido de la historia del tribunal europeo. Como un reguero de pólvora, sectores populares, así como juristas, cúpulas políticas, órganos regionales y municipales, y medios de prensa italianos, han rechazado la resolución, y en muchos casos con apasionamiento, han desafiado al tribunal colocando más crucifijos en escuelas, ayuntamientos, tribunales y lugares públicos.

El contexto socio-político de la sentencia quizás ayude a comprender tal reacción. Desde hace mucho tiempo se viene acusando, a veces sin las debidas distinciones, a los órganos paneuropeos (de la Unión Europea y del Consejo de

* Becario Alban (Doctorado) en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor colaborador de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense

[1] El caso está rotulado como *Corte Europea de derechos del hombre, Segunda sección, Caso LAUTSI c. ITALIA*, demanda N° 30814/06, Sentencia del 3 de noviembre del 2009, Estrasburgo. Consta de 16 páginas en su versión oficial en francés, y está suscrita por Françoise Tulkens, *presidente* del tribunal, Ireneu Cabral Barryo, Vladimiro Zagrebelsky, Danutè Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó, Işil Karakaş, *jueces*, y Sally Dollé, *secretaria de sección*. La traducción es nuestra.

Europa)[2] de imponer una agenda de iniciativas uniformadoras que prescinde de las particularidades históricas, culturales y religiosas de las diversas regiones y Estados miembros, y de ejecutarla sin real participación ciudadana. La reciente entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre del 2009, inconsulto respecto de la población sobre la cual se aplicará, es un ejemplo paradigmático de ello.[3]

En este cuadro, el gobierno italiano ya había entrado en choque con los impulsores de la fracasada Constitución europea, cuando, por el mismo prurito uniformador, se rechazó mencionar el cristianismo en el preámbulo, haciendo tabla rasa de la propia historia europea y de la idea originaria de unificación. Esta actitud parcial fue incluso señalada por uno de los mayores especialistas del proceso constitucional europeo, el jurista de origen judío Joseph Weiler, quien tipificó esta orientación como *"jacobinismo cultural inaceptable"*: *"es sencillamente ridículo no reconocer que el cristianismo es un elemento enormemente importante para la definición de lo que nosotros entendemos por identidad europea, para bien y para mal. No existe un juicio valorativo al afirmar este hecho empírico. Existe un juicio de valor sólo al negarlo"*.[4]

[2] El Tribunal de Estrasburgo no hace parte del organigrama de la Unión Europea, sino del Consejo de Europa, que está compuesto por los 47 países (entre ellos Rusia y Turquía) que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). El tribunal conoce las causas conforme a la Convención y a sus protocolos adicionales.

[3] En Francia, donde la fallida Constitución europea había sido derrotada en las urnas, el gobierno de Nicolas Sarkozy advirtió expresamente que no convocaría a un referéndum para ratificar el Tratado de Lisboa, ante las expectativas de rechazo popular. Lo mismo sostuvo el primer ministro británico James Gordon Brown. Paradójicamente el Tratado de Lisboa muestra preocupación por este problema. De hecho uno de sus objetivos fundamentales es constituir *"una Europa más democrática y transparente"*. La presentación oficial del Tratado en: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm. Sólo en Irlanda la ratificación fue sometida a referéndum el 12 de junio del 2008. Pese a la campaña a favor de casi todo el espectro político irlandés, así como del Episcopado y de la prensa, el 53,4% de la población la rechazó. Los dirigentes de la Unión Europea exigieron entonces al Estado irlandés comprometerse con la ratificación del Tratado, para lo cual se convocó a un nuevo referéndum, previa garantía de las autoridades europeas *"de que los aspectos que crean preocupaciones serán tomados en cuenta... esos puntos no serán aprobados en contra de la voluntad de Irlanda"* (El País, 11/12/2008). En el segundo referéndum, el 67,1% de la población aprobó el Tratado. El referido instrumento, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, fue suscrito en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y para entrar en vigor tuvo que ser ratificado por los 27 países miembros.

[4] *"Una vez que se ha decidido tener un Preámbulo en la Constitución Europea — no necesario —, no es justo que se adopte una simbología que es sólo propia de la Constitución francesa. No se puede predicar el pluralismo cultural y al mismo tiempo querer ejercer constitucionalmente el imperialismo cultural. Privilegiar la simbología laicista sobre otras cosas es un jacobinismo cultural inaceptable"*. Con honestidad también arguye la responsabilidad de los propios afectados: *"La comunidad de fieles cristianos, ¿está exenta de culpa en todo este asunto? A pesar de la explícita orientación católica de los padres fundadores de la Constitución Europea, no conozco una sola obra de relieve que explore en profundidad la herencia cristiana"*. http://www.conoze.com/doc.php?doc=2279. Joseph Halevi Horowitz Weiler es profesor titular de la cátedra de la Unión Europea Jean Monnet en la Universidad de Nueva York y director de la NYU Global Low School and Center for International and Regional Economic Low and Justice.

Esta orientación anticristiana a la que hace referencia Weiler es la que muchos vieron plasmada en la sentencia de Estrasburgo, coadyuvada quizás por la percepción de que algunos dirigentes y órganos europeos sostienen, de un modo incomprensible para la identidad comunitaria del futuro, la presencia del Islam en los países de la Unión. Prohíben los crucifijos, pero defienden los símbolos religiosos musulmanes.[5]

La decisión del tribunal europeo debe ser leída entonces desde una óptica compleja en la que confluyen aspectos históricos, culturales, religiosos, e incluso étnicos, de difícil arreglo.

A fin de facilitar el análisis argumental de la sentencia en cuestión, examinaremos en primer lugar los hechos que le sirvieron de base; revisaremos después la decisión jurisdiccional; consideraremos posteriormente los argumentos de quienes la han rechazado, para formular en definitiva una crítica a la decisión desde el ángulo de sus fundamentos doctrinales.

[5] A propósito del referéndum suizo que recientemente aprobó la prohibición constitucional de construir nuevos minaretes islámicos por un 57% de los votos contra un 37%, los dirigentes europeos han repudiado, en general, la decisión. En Francia, por ejemplo, modelo del Estado laico, el Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno galo, Bernard Kouchner, se mostró *"escandalizado"* con la respuesta popular suiza y defendió la construcción de minaretes. Lo mismo hizo el portavoz del gobierno germano, Wolfgang Bosbach y la alta comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, quien calificó el hecho como atentatorio de los derechos fundamentales (*El Mundo*, 1/12/2009). En Alemania hay signos inquietantes: el año 1995 la Corte Constitucional de Karlsruhe anuló la legislación bávara que permitía fijar un crucifijo en las escuelas públicas regionales. Pero ahora, en noviembre del 2009, el Liceo *Diesterweg*, en el barrio popular de Wedding, Berlín, fue obligado por la Justicia a montar una sala-mezquita para los alumnos musulmanes, de acuerdo a lo publicado por el diario *"Libération"* de París. *"El único país que autoriza salas de oración en las escuelas es Irán"*, protestó Öczan Mutlu, del Partido Verde. http://www.catolicismo.com.br/materia/materia.cfm/idmat/36AFA6EF-3048-313C-2ED5624FFD4056D3/mes/Dezembro2009.
Por su parte, el Islam mantiene intacta su identidad al interior de una Europa que reniega de sus propias raíces. Desde el ángulo demográfico, el gobierno de Alemania ha reconocido que *"de los cincuenta y dos millones (de islámicos) que hay en estos momentos en Europa, (la cifra) se duplicará en los próximos años hasta llegar a los 104 millones y, posiblemente, habrá un Estado islámico en 2050"*. Por su parte, Francia tiene en la actualidad una tasa de natalidad del 1,8, mientras las familias musulmanas que viven en este país multiplican la tasa hasta llegar al 8,1. De esta manera, no es de extrañar que el sur de Francia, antaño lleno de iglesias y templos católicos, ahora se vea superado con creces por nuevas mezquitas y minaretes. El 30 por ciento de los jóvenes menores de 30 años que viven en esta zona, son musulmanes. Y en las ciudades de Niza, Marsella o París, esta cifra se eleva hasta llegar al 45 por ciento. *"En 2027*–según predicciones de un grupo de demógrafos consultados en el reportaje televisivo 'Muslim demographics'– *uno de cada cinco franceses será musulmán, y en sólo 39 años, Francia será una república islámica"*. El líder libio Muammar al-Gaddafi lo ha dicho con orgullo: *"Hay signos de que Alá garantizará la victoria islámica sin espadas, sin pistolas, sin conquista. No necesitamos terroristas, ni suicidas. Los más de 50 millones de musulmanes que hay en Europa la convertirán en un continente musulmán en pocas décadas"*. http://www.religionenlibertad.com/articulo.asp?idarticulo=5968

## 1. Los hechos que sirven de base a la sentencia del tribunal europeo

Soile Lautsi, ciudadana finlandesa, reside en Abano Terme, Véneto, Italia. Sus dos hijos, Dataico y Sami Albertin, frecuentaban la escuela pública *"Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre"*, y para el curso 2001/2002 tenían 11 y 13 años respectivamente. Las salas de clase de la Escuela detentaban un crucifijo colgado en sus paredes, lo cual fue considerado por Lautsi como violatorio a la libertad de conciencia y de religión, al derecho a la educación y a la enseñanza según las propias convicciones y opuesto asimismo al principio de laicidad de la República italiana.[6]

En la reunión celebrada en la escuela el 22 de abril de 2002, Lautsi exigió que se sacaran los crucifijos. Alegó que su postura estaba amparada por la jurisprudencia, dado que la Corte de Casación había establecido recientemente que la presencia de un crucifijo en salas de votación preparadas para elecciones políticas era un hecho contrario a la laicidad del Estado.[7]

El 27 de mayo de 2002, la dirección de la escuela tomó una decisión oficial sosteniendo que la presencia de los crucifijos en las salas escolares era perfectamente compatible con la legislación vigente del Estado italiano.

El 23 de julio de 2002, la demandante cuestionó la decisión ante el tribunal administrativo de Venecia (noreste). Apoyándose en los artículos 3 y 19 de la Constitución italiana[8] y en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos,[9] alegó la violación de la libertad de conciencia y de religión y el

[6] Hacemos aquí una síntesis de los hechos tal como se exponen en los considerandos 1 al 15 de la sentencia citada, no obstante que hay elementos fácticos que el sentenciador omite y que hubiera sido oportuno referir, como es la nacionalidad finlandesa de Soile Lautsi (la Corte le atribuye solamente la calidad de "residente del Estado italiano") y su participación activa en el lobby anticristiano europeo denominado *"Asociación de Ateos y Agnósticos Racionalistas"*.

[7] Sentencia N° 4273, del 1 de marzo de 2000, de la Corte Suprema di Cassazione.

[8] La *Costituzione della Repubblica Italiana* fue promulgada el 27 de diciembre de 1947, entró en vigor el 1 de enero de 1948, y ha sido modificada por sucesivas leyes de revisión constitucional. El Art. 3 establece que *"todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país"*. El Art. 19 reconoce que *"todos tendrán derecho a profesar libremente su propia fe religiosa en cualquier forma, individual o asociada, hacer propaganda de la misma y practicar el culto respectivo en privado o en público, con tal de que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres"*.

[9] La Convención Europea de Derechos Humanos adopta oficialmente el nombre de *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, y fue promulgada el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa. El texto actualmente vigente incluye las modificaciones introducidas por el Protocolo 14 bis, que entró en vigor el 30 de septiembre de 2009. El artículo 9 de la Conven-

quebrantamiento del principio de laicidad.[10] Además, denunció la violación del principio de imparcialidad de la Administración Pública y exigió promover una cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.

El 14 de enero de 2004, el Tribunal Administrativo de Venecia estimó que la cuestión de constitucionalidad no era manifiestamente infundada y reenvió el caso a la Corte Constitucional. Pero en virtud de la resolución N° 389, del 15 de diciembre de 2004, la Corte Constitucional se declaró incompetente dado que las disposiciones sometidas a su conocimiento no tenían fuerza de ley.

El proceso ante el Tribunal Administrativo de Venecia se reanudó. La sentencia N° 1110, del 17 de marzo de 2005, rechazó las acciones interpuestas por Soile Lautsi. Estimó que el crucifijo no sólo es un símbolo religioso, sino que hace parte, quiérase o no, de la historia y de la cultura italiana, y en consecuencia, de la propia identidad de la nación. Puede considerársele incluso un símbolo de los principios de igualdad, libertad y tolerancia.

Lautsi prosiguió en sus intentos de erradicar la cruz de las escuelas italianas e interpuso un recurso ante el Consejo de Estado. Sin embargo, por sentencia

---

ción consagra la libertad de conciencia y de religión en los términos siguientes: *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás"*.

[10] El principio de laicidad se deduce principalmente de los artículos 8, 19 y 20 de la Constitución italiana: *"Todas las confesiones religiosas serán igualmente libres ante la ley. Las confesiones religiosas distintas de la católica tendrán derecho a organizarse según sus propios estatutos en la medida en que no se opongan al ordenamiento jurídico italiano. Sus relaciones con el Estado serán reguladas por ley sobre la base de acuerdos con las representaciones respectivas" (Art. 8); "Todos tendrán derecho a profesar libremente su propia fe religiosa en cualquier forma, individual o asociada, hacer propaganda de la misma y practicar el culto respectivo en privado o en público, con tal de que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres"* (Art. 19); *"El carácter eclesiástico y la finalidad de religión o de culto de una asociación no podrán constituir causa de limitaciones legislativas especiales ni de gravámenes fiscales para su constitución, capacidad jurídica y cualesquiera formas de actividad"* (Art. 20). Esas disposiciones deben armonizarse con el Art. 7 y su reenvío constitucional a los acuerdos con el Vaticano: *"El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propia esfera, independientes y soberanos. Sus relaciones se regulan par los Pactos lateranenses. No requerirán procedimiento de revisión constitucional las modificaciones de los Pactos aceptadas por las dos partes"*. En los Pactos de Letrán, firmados el 11 de febrero de 1929, entre el Estado italiano y la Santa Sede, se establecía que *"Italia reconoce y reafirma el principio consagrado por el artículo 1 del Estatuto Albertino del Reino de 4 de marzo de 1848, según el cual la religión católica, apostólica y romana es la única religión del Estado"* (Art. 1). En la Ley N° 121, del 25 de marzo de 1985, de la primera disposición del protocolo adicional al nuevo Concordato con el Vaticano del 18 de febrero de 1984, modificatorio de los Pactos de Letrán de 1929 se matiza este principio. La demandante recuerda que la Corte Constitucional ha sostenido que el principio de laicidad constituye un *"principio supremo"* (sentencias N° 203/89; 259/90; 195/93; 329/97) que caracteriza al Estado en la orientación del pluralismo. Las creencias, culturas y tradiciones diferentes deben vivir juntas en igualdad y libertad (sentencia N° 440/95).

del 13 de febrero de 2006, el alto organismo denegó el recurso, fundado en que la cruz se había convertido en uno de los valores laicos de la Constitución italiana y representaba los valores de la vida civil.

Tras perder en todas las instancias nacionales, el 27 de julio de 2005, Soile Lautsi recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, en contra de la República italiana (demanda N° 30814/06), en su nombre y en el de sus hijos Dataico y Sami Albertin.

En el camino, el 3 de octubre de 2007, el Ministerio de Instrucción Pública adoptó la directiva N° 2666, donde recomienda a los directores de escuelas la exposición del crucifijo, fundándose en el artículo 118 del decreto real N° 965 del 30 de abril de 1924 y el artículo 119 del decreto real N° 1297 del 26 de abril de 1928.[11]

## 2. La sentencia

Desde un punto de vista argumental, que es el que a nosotros nos interesa destacar, el estudio de la sentencia debe diseccionarse en los argumentos de la demandante, en los argumentos del Estado italiano, y finalmente, en los argumentos del sentenciador.

La demandante alegó que la exposición de la cruz en las salas de clases de la escuela pública frecuentada por sus hijos constituía una profanación de la libertad de conciencia y de religión[12] así como un atentado al derecho a una educación y una enseñanza conformes a sus propias convicciones religiosas y filosóficas.[13] Argumentó además que, en vista de la libertad de enseñanza y la obligatoriedad de asistir a la escuela, la presencia de crucifijos estaba siendo impuesta a los alumnos, a los padres de los alumnos y a los profesores, y favorecía la religión cristiana en detrimento de otras religiones.

[11] El artículo 118 del decreto real N° 965 del 30 de abril de 1924 (Reglamento interno de establecimientos escolares secundarios) dispone que *"Cada establecimiento escolar debe tener la bandera nacional, cada sala de clase la imagen del crucifijo..."*. El artículo 119 del decreto real N° 1297 del 26 de abril de 1928 (aprobación del reglamento general de servicios de la enseñanza primaria) cuenta el crucifijo entre los *"equipos y materiales necesarios en las salas de clase escolares"*.

[12] Recogidas en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos ya citado.

[13] La demandante invoca el artículo 2 del Protocolo N° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que dispone: *"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas"*.

En sus considerandos treinta a treinta y dos, la sentencia de la Corte de Estrasburgo expone en filigrana el fundamento último de la postura de Soile Lautsi: permitir la exposición del crucifijo significa favorecer una visión religiosa del Estado, en circunstancias que éste es laico y constituye un privilegio para el cristianismo al que éste no tiene derecho.[14]

El gobierno de la República italiana se hizo parte del proceso. Observó que, en rigor, la cuestión planteada por la demandante debiera resolverse en sede filosófica y no jurídica.[15] Términos como *"neutralidad"* o *"laicidad"* tienen connotaciones diversas y de variedad bastante amplia; elegir entre una opción u otra, de espaldas a lo que cada nación define para sí misma, no deja de ser arbitrario.[16] Además, la simbología de la cruz no sólo es religiosa, sino también cultural e histórica, por lo que debe plantearse como un asunto relativo a la identidad nacional. Desde este punto de vista resulta una parcialidad injustifi-

[14] El tribunal formula los argumentos de la demandante en los siguientes términos: *"Las disposiciones en cuestión* (que autorizan jurídicamente la exposición del crucifijo) *son la herencia de una concepción confesional del Estado que en la actualidad colisiona con su deber de laicidad y desconoce los derechos protegidos por la Convención. Existe una "cuestión religiosa" en Italia, porque, al hacer que la exposición del crucifijo sea obligatoria en las salas de clase, el Estado acuerda a la religión católica una posición privilegiada...".* (Considerando treinta). *"El crucifijo tiene en realidad, sobre todo y antes que todo, una connotación religiosa. El hecho que la cruz entrañe otras "claves de lectura" no implica la pérdida de su principal connotación, que es religiosa. Privilegiar una religión por la exposición de sus símbolos transmite la impresión... de que el Estado profesa una creencia religiosa determinada".* (Considerando treinta y uno). *"La noción de laicidad significa que el Estado debe ser neutro y hacer prueba de equidistancia frente a las religiones"* (Considerando treinta y dos).

[15] *"El Gobierno observa de entrada que la cuestión planteada por la presente escapa al marco propiamente jurídico para aterrizar en el terreno de la filosofía. Se trata en efecto de determinar su la presencia de un símbolo que tiene un origen y una significación religiosos es en sí misma una circunstancia cuya naturaleza pueda influenciar sobre las libertades individuales de una manera incompatible con la Convención"* (Considerando treinta y cuatro).

[16] *"Las autoridades nacionales gozan de un gran margen de apreciación sobre cuestiones tan complejas y delicadas, estrechamente ligadas a la cultura y a la historia. La exposición de un símbolo religioso en los lugares públicos no excedería el margen de apreciación dejado a los Estados"* (Considerando treinta y ocho). *"De otro lado ello sería más cierto desde que en Europa existe una variedad de actitudes sobre la materia. A título de ejemplo, en Grecia todas las ceremonias civiles y militares prevén la presencia y la participación activa de un ministro del culto ortodoxo; adicionalmente, en Viernes Santo, el duelo nacional es proclamado y todas las oficinas y comercios son cerrados como también sucede en Alsacia"* (Considerando treinta y nueve). *"Según el Gobierno, la exposición de la cruz no pone en cuestión la laicidad del Estado, principio que está inscrito en la Constitución y en los acuerdos con la Santa Sede. Ella no sería tampoco el signo de una preferencia por una religión, toda vez que recordaría una tradición cultural y valores humanistas compartidos por otras personas además de los cristianos. En conclusión, la exposición de la cruz no desconoce el deber de imparcialidad y de neutralidad del Estado"* (Considerando cuarenta). *"Igualmente, no existe consenso europeo sobre la manera de interpretar concretamente la noción de laicidad, si bien los Estados tendrían un más amplio margen de apreciación en la materia. Más precisamente, si existiera un consenso europeo sobre el principio de laicidad del Estado, ello no tendría implicaciones concretas sobre su aplicación. El Gobierno solicita a la Corte mostrarse prudente y en consecuencia abstenerse de dar un contenido preciso que llegue a la prohibición de la simple exposición de símbolos. Caso contrario, ella daría un contenido material predeterminado al principio de laicidad, lo que iría en contra de la legítima diversidad de enfoques nacionales y conduciría a consecuencias imprevisibles"* (Considerando cuarenta y uno).

cable sostener que viola la libertad de conciencia y de religión.[17] También ha de tenerse en cuenta que la cruz es símbolo de valores humanitarios universales, tal como es asumido incluso por quienes no la veneran religiosamente, por lo que no puede afirmarse unívocamente que choca contra el principio de laicidad, especialmente en el contexto sociológico italiano.[18] Esta conclusión estaría respaldada por el análisis de la jurisprudencia de la propia Corte de Estrasburgo, que exige una injerencia mucho más activa que la simple exposición de un símbolo religioso para constatar un atentado a los derechos y libertades garantizados en la Convención.[19]

La Corte Europea de Derechos Humanos, en decisión unánime adoptada el 3 de noviembre de 2009, acogió la demanda de Soile Lautsi y declaró que la exhibición de crucifijos en una escuela pública viola la libertad de conciencia y de religión así como el derecho a la educación conforme a las propias convicciones religiosas o filosóficas, tal como estos derechos deben ser entendidos de acuerdo a la Convención Europea de Derechos Humanos.[20] Sostuvo que la laicidad y la neutralidad confesional del Estado exigen la exclusión de la cruz de las escuelas públicas, y condenó a Italia al pago de cinco mil euros por concepto de indemnización.

[17] El gobierno italiano concluye: *"no es la libertad de adoptar o no una religión lo que está en juego, porque en Italia esta libertad está plenamente garantizada. No se trata tampoco de la libertad de practicar una religión o de no practicar ninguna; el crucifijo es en efecto expuesto en las salas de clase, pero de ninguna manera se exige a los profesores o a los alumnos rendirle el menor signo de saludo, reverencia o de simple reconocimiento, ni mucho menos de recitar oraciones en clase. De hecho, no se les pide tampoco que presten ninguna atención al crucifijo. Finalmente, la libertad de educar los hijos conforme a las convicciones de los padres no está en cuestión: la educación en Italia es totalmente laica y pluralista, los programas escolares no contienen ninguna alusión a una religión particular y la instrucción religiosa es facultativa"* (Considerando treinta y seis).

[18] *"Si la cruz es ciertamente un símbolo religioso, reviste otras significaciones. Ella tiene igualmente una significación ética comprensible y apreciable de adhesión a la tradición religiosa o histórica, porque ella invoca principios que pueden ser compartidos fuera de la fe cristiana (no-violencia, igual dignidad de todos los seres humanos, justicia, primacía del individuo sobre el grupo e importancia de su libertad de elección, separación de lo político y lo religioso, amor del prójimo yendo hasta el perdón de los enemigos... El mensaje de la cruz es entonces un mensaje humanista, que podría ser leído de manera independiente de su dimensión religiosa, constituida de un conjunto de principios y de valores formadores de la base de nuestras democracias"* (Considerando treinta y cinco).

[19] Considerando treinta y seis.

[20] *"La Corte estima que la exposición obligatoria del símbolo de una confesión hecha en el ejercicio de la función pública relacionada a situaciones específicas vinculadas con el control gubernamental, en particular en las salas de clase, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones así como el derecho de los niños escolarizados de creer o de no creer. La Corte considera que esta medida importa una violación de esos derechos debido a que las restricciones son incompatibles con el deber que le incumbe al Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el dominio de la educación"* (Considerando cincuenta y siete). *"Por tanto, hay una violación del artículo 2 del Protocolo N° 1 conjuntamente con el artículo 9 de la Convención"* (Considerando cincuenta y ocho).

El fundamento basal del fallo se articula en cinco argumentos principales:

**i) Argumento de la laicidad:** El virtud del principio de laicidad, el Estado debe abstenerse de imponer, aun indirectamente, creencias religiosas en *"lugares donde las personas son dependientes de él o en sitios donde ellas son particularmente vulnerables"*, como es el caso de las escuelas públicas. El Estado, por el contrario, en su calidad de laico, debe garantizar que los niños *"tomen distancia"* de las expresiones religiosas a fin de que desarrollen imparcialmente su *"capacidad crítica"*.[21]

**ii) Argumento de la neutralidad confesional:** La presencia a clases debe ser exigida sin consideración a ninguna religión. La presencia de un crucifijo en una sala de clases supone, por el contrario, la exigencia de profesar dicha fe, con lo que el Estado deja de ser neutral y favorece una religión determinada. Con ello vulnera las convicciones de los padres y de sus hijos, que tienen derecho a que sus hijos no sigan tal religión, o simplemente que no sigan ninguna. A fin de garantizar tal convicción y tales derechos, el Estado debe inculcar a los alumnos "un pensamiento crítico" en materia religiosa.[22]

**iii) Argumento de la significación religiosa predominante:** La significación religiosa del crucifijo prima sobre cualquier otro mensaje simbólico de contenido cultural o ético humanitario que le sea inherente, por lo que se hace imposible mantener su presencia en los lugares públicos sin que se afecten las opiniones religiosas o creencias divergentes.[23]

---

[21] *"Para la Corte, estas consideraciones conducen a la obligación por el Estado de abstenerse de imponer, aun indirectamente, creencias, en los lugares donde las personas son dependientes de él o aún en los sitios donde ellas son particularmente vulnerables. La escolarización de los niños representa un sector particularmente sensible porque, en este caso, el poder vinculante del Estado es impuesto a los espíritus que carecen aún (según el nivel de madurez del niño) de la capacidad crítica que les permita tomar distancia sobre un mensaje expresivo de una decisión preferencial manifestada por el Estado en materia religiosa"* (Considerando cuarenta y ocho). *"La Corte considera que la presencia del crucifijo en las salas de clase va más allá del uso de símbolos en contextos históricos específicos"* (Considerando cincuenta y dos).

[22] *"La exposición de uno o varios símbolos religiosos no se puede justificar... por la demanda de los demás padres que desean una educación religiosa conforme a sus convicciones... El respeto de las convicciones de los padres en materia educativa debe tomar en cuenta el respeto de las convicciones de todos los padres. El Estado se debe a la neutralidad confesional (sic) en el marco de la educación pública obligatoria donde la presencia a clases es exigida sin consideración de religión y en la que debe buscar inculcar a los alumnos un pensamiento crítico (sic)"* (Considerando cincuenta y seis).

[23] *"El Gobierno (parágrafos 34-44 supra) justifica la obligación (o el hecho) de exponer el crucifijo remontándose al mensaje moral positivo de la fe cristiana, que trasciende los valores constitucionales laicos, al rol de la religión en la historia italiana así como a las raíces de ella en la tradición del país. Atribuye al crucifijo una significación neutra y laica en referencia a la historia y la tradición italianas, íntimamente ligadas al cristianismo. El Gobierno sostiene que el crucifijo es un símbolo religioso, pero que puede igualmente representar otros valores. En opinión de la Corte, el símbolo tiene una pluralidad de significados entre los cuales la significación religiosa es predominante"* (Considerando cincuenta y uno).

**iv) Argumento de la dimensión negativa de las libertades de religión y de enseñanza:** ambas libertades se extienden a la necesaria prescindencia de todo culto, práctica o simbología religiosa, pues éstas implican adoptar una actitud positiva en materia de religión, materia en la que el Estado no puede entrometerse.[24]

**v) Argumento de la libertad de enseñanza amparada por el pluralismo.** El pluralismo educativo es esencial para la preservación de una sociedad democrática, por lo que no es admisible el compromiso con la simbología de una religión determinada. Ello atenta contra el derecho a la educación y a la enseñanza de acuerdo con las propias convicciones.[25]

¿Son razonables estos argumentos? ¿Formulan con luminiscencia la lógica íntima que los vincula al principio de laicidad y neutralidad confesional? ¿Enuncian con claridad los presupuestos teológicos y filosófico de la libertad de conciencia y de religión que consagra? ¿Sirven realmente para justificar una decisión como la adoptada, de un modo que sea homologable para todos, creyentes y no creyentes? Es lo que intentaremos responder a continuación.

## 3. Los argumentos de la oposición a la sentencia

La sentencia de la Corte de Estrasburgo causó en el orden político-social un efecto análogo a lo que en el orden físico hubiera producido una poderosa bomba. Los recortes de prensa dan cuenta de una gran oposición en Italia, que por vía de consecuencia se trasladó después a Polonia, Grecia y España.[26]

La radio y TV españolas, en despacho desde Roma del 3 de noviembre de 2009, así sintetizaron las reacciones: *"La clase política italiana se ha puesto de acuerdo,*

[24] *"La libertad negativa no está limitada a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Ella se extiende a las prácticas y a los símbolos que expresan, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo"* (sic) (Considerando cincuenta y cinco).

[25] *"La Corte no ve cómo la exposición, en las salas de clase de las escuelas públicas, de un símbolo que razonablemente se puede asociar al catolicismo (la religión mayoritaria en Italia) podría servir al pluralismo educativo que es esencial a la preservación de una "sociedad democrática" tal como la concibe la Convención, pluralismo que ha sido reconocido por la Corte Constitucional en derecho interno"* (Considerando cincuenta y seis) .

[26] Entre los días 3 y 15 de noviembre de 2009, hemos recogido las noticias de las agencias internacionales ACI, Zenit, EFE, Reuters y AFP; las ediciones on line de los periódicos italianos *Corriere della Sera* (http://www.corriere.it), *Il Giornale* (http://www.ilgiornale.it), *Avvenire* (http://www.avvenire.it), *La Repubblica* (www.repubblica.it), *La Stampa* (www.lastampa.it) e *Il Messaggero* (www.ilmessaggero.it); los diarios hispanos *El Mundo* (www.elmundo.es), *ABC* (www.abc.es) y *El País* (www.elpais.com); las publicaciones electrónicas www.religionenlibertad.com y www.catolicismo.com.br, así como el sitio de la radio y televisión española (www.rtve.es) e italiana (www.rai.it).

*casi de manera unánime, para defender la tradición católica del país... El propio líder de la oposición (de centro izquierda) Pier Luigi Bersani la calificó de tradición inofensiva.*[27] *...Tan sólo los políticos de la (extrema) izquierda, como el secretario de Refundación Comunista, Paolo Ferrero, aplauden la sentencia, señalando que un estado laico debe respetar todas las religiones, pero no identificarse con ninguna...*

*El jurista católico y presidente del Tribunal del Vaticano, Giuseppe Dalla Torre, en declaraciones a la agencia italiana ANSA, consideró poco fundadas las motivaciones de la Corte de Estrasburgo, basado en dos razones: que el crucifijo no impone un acto de fe, y que no sólo representa a la cultura católica, sino a la más amplia cultura cristiana europe*a conllevando un mensaje de caridad, comprensión y respeto al semejante. ... (Por su parte) *el vocero del Vaticano, Federico Lombardi, denunció como "sorprendente que el Tribunal Europeo intervenga con tanta contundencia en un campo muy estrechamente vinculado a la identidad histórica, cultural y espiritual del pueblo italiano. Parece que se quiere negar el papel del cristianismo en la formación de la identidad europea, que, sin embargo, ha sido y sigue siendo esencial".*

El Presidente del Consejo de Ministros italiano, Silvio Berlusconi, aseguró, dos días después de la sentencia, que en Italia no se va a quitar ningún crucifijo de las salas de clases. Calificó el fallo como *"absolutamente inaceptable"*, desconocedor de la realidad de toda Europa, y más de un país católico como Italia. El gobierno italiano presentó además un recurso ante la Corte Europea e insistió, de todos modos, que aunque el fallo definitivo fuera favorable a la retirada del símbolo cristiano, no será vinculante para el Estado.

Los ministros del gobierno italiano expresaron uno por uno su oposición a la sentencia, y en un hecho inédito, llamaron públicamente a no cumplirla. La Ministra de Educación, Mariastella Gelmini, advirtió que *"nadie, aun menos un Tribunal Europeo impregnado de ideología, logrará arrancarnos nuestra identidad... la presencia de crucifijos en las aulas no significa una adhesión al catolicismo, sino que representa nuestra tradición. La historia de Italia está llena de símbolos y si ellos se eliminan se termina por eliminar parte de nosotros mismos"*. Tras aclarar que *"en este país nadie quiere imponer la religión católica"*, recordó, sin embargo, que la Constitución italiana *"reconoce justamente el valor de la religión católica para nuestra sociedad"*. El Ministro de Agricultura, Luca Zaia, también repudió la sentencia: *"se trata de una sentencia abstracta y falsamente democrática... la*

[27] El líder del Partido Democrático, Pier Luigi Bersani, defendió el crucifijo afirmando que se trata de una *"tradición antigua que no puede ser ofensiva para nadie"*. Pier Ferdinando Casini, de la Unión de Centro Democrático, afirmó: *"la sentencia es la consecuencia de la timidez de los gobernantes europeos que se negaron a mencionar las raíces cristianas en la Constitución europea: el crucifijo es un símbolo de la identidad cristiana de Italia y Europa"*.

*Corte ha decidido que los crucifijos ofenden la sensibilidad de los no cristianos. Quien ofende los sentimientos de los pueblos europeos nacidos del cristianismo es sin duda la Corte. ¡Que se avergüencen!"*. El ex Ministro de Cultura, Rocco Buttiglione, advirtió por su parte que se trata de *"un fallo aborrecible"* y pidió rechazarlo con firmeza, porque *"Italia tiene su cultura, sus tradiciones y su historia. Los que viven entre nosotros debe entender y aceptar esta cultura y esta historia"*.[28]

Municipios, particulares y hasta asociaciones de comercio desafiaron la prohibición del tribunal de Estrasburgo colocando más crucifijos en los lugares públicos, en las escuelas y hasta en los campos. *"Por cada uno que saques, colocaremos mil"* se leía a la entrada de algunas escuelas públicas. La Cámara de Comercio de Roma –*Confcommercio*– convocó a todos sus miembros a colgar crucifijos en los locales comerciales. En Montegrotto Terme, Padua, los avisos luminosos que suelen reproducir mensajes oficiales lucieron un crucifijo con la frase *"Noi non lo togliamo"*, *"Nosotros no lo quitamos"*. En Nápoles se colgaron letreros retando a los jueces de Estrasburgo con frases como la siguiente: *"Si arrancas la cruz, te arrancamos tu mano"*.

La lista de los municipios y comunidades italianas que llamaron a rechazar la sentencia es innumerable. Citamos unos pocos. En Abano Terme –donde vive la demandante– se han sucedido las protestas contra la sentencia frente a las escuelas públicas. El Alcalde de Treviso, en el noroeste de Italia, anunció: *"Nos encontramos en el reino de la demencia. Esta es una decisión que clama por venganza. El tribunal debe procesarse a sí mismo por el crimen que cometió"*. El Alcalde de Galzignano, Riccardo Roman, ordenó la exhibición de crucifijos en todos los edificios públicos, no solo en las escuelas, sino también en el municipio y en los museos. El prefecto de Asís pidió que además del crucifijo, todas las oficinas públicas expongan un pesebre para esta Navidad. El Alcalde de San Remo, Maurizio Zoccarato, colocó una cruz de dos metros en la entrada del Municipio y llamó a todos los directores de las escuelas públicas a fijar la cruz en las salas de clase. El prefecto de Trieste esclareció que nadie movería un solo crucifijo en las escuelas de la ciudad. El alcalde de Sassuolo encomendó públicamente, en desafío a Estrasburgo, cincuenta nuevos crucifijos para las escuelas públicas de la zona. 72 fue el número de cruces nuevas que anunció el gobierno de la provincia de Sicilia. Según un sondeo realizado por ISPO, con una muestra representativa de la población nacional, y publicado por el *Corriere*

[28] El ministro de Justicia, Angelino Alfano, también se pronunció contra la sentencia. Roberto Calderoli, ministro para la Simplificación, sostuvo por su parte que *"la Corte europea pisoteó nuestros derechos, nuestra cultura y nuestros valores"*, acrecentando que *"los crucifijos permanecerán en las paredes de nuestras salas de clase"*. El Ministro da Defensa Ignazio La Russa expresó en TV emocionado: *"Todas las cruces deben permanecer colgadas, y ¡que mueran esas instituciones aparentemente internacionales opositoras a la Cruz!"*

*della Sera*, el 84% de los italianos son partidarios de la continuidad de la cruz en las escuelas públicas, ya sea por fe o por tradición cultural del país.

La reacción del pueblo italiano, muchas veces apasionada, también se reflejó en importantes sectores de prensa, que vieron en el fallo de la Corte una intervención inaceptable de un grupo de jueces excesivamente ideologizados. El periódico *"Il Giornale"*, de Milán, uno de los referentes de la prensa itálica, sostuvo en amplios análisis que por detrás de la sentencia subyace la voluntad de imponer a Italia la utopía de una ínfima minoría de ideólogos paneuropeos que no respetan las identidades particulares y que han definido a priori que la religión cristiana no tiene ninguna importancia. Advirtió que *"tocar las costumbres religiosas"* de una nación, como si no valieran nada, es *"una cosa peligrosísima"*, *"significa jugar con el alma de los pueblos"*. Con ironía y virulencia, pero a la vez seguro de la fuerza de sus argumentos, "*Il Giornale*" concluye que estamos frente a un problema psiquiátrico más que político o religioso, por lo que llama a *"cerrar el manicomio de Estrasburgo"*.[29] Otros periódicos, al dar cuenta de la amplia reacción en contra de la sentencia, calificaron a la Corte como *"los jueces turcos de Estrasburgo"*.

La oposición a la sentencia de Estrasburgo se basó en apurar la lógica de sus consecuencias. Si el crucifijo debe ser expulsado de la escuela, porque perturba la madurez de los niños, por la misma razón debiera ser erradicada en el futuro de todos los lugares públicos, junto a toda la simbología cristiana, como, por ejemplo, las imágenes de la Virgen María.

En España, el presidente socialista del gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, anunció el 3 de diciembre que aplicaría la sentencia de Estrasburgo, después que los diputados socialistas se pronunciaran a favor de esa medida y algunos se mostraran partidarios incluso de forzar a los colegios privados a descolgar los crucifijos. Pero al día siguiente tuvo que desdecirse, afirmando que *"no está dentro de los planes del gobierno retirar los crucifijos de los colegios"*. Juristas advirtieron el embrollo que produciría ingresar en la lógica de la expulsión de la cruz, y no considerar su carácter formativo cultural en la identidad española. Obligaría, por ejemplo, a suprimir símbolos nacionales tan arraigados como la Gran Cruz del Mérito Civil, la Orden de Isabel la Católica o la del Mérito Militar, amén de modificar el propio escudo de España, que luce la cruz en su cimera.

[29] En su editorial del día 4 de noviembre, el diario expresó, con pasión, que la *"estupidez de la sentencia se agrava por el desconocimiento de los valores del cristianismo". "Los jueces para ser coherentes van a tener que abatir los campanarios, las catedrales, los monasterios, las capillas y todo local público en donde esté expuesta la cruz a las miradas de los niños"*. Y habrá que censurar la cultura italiana, pues la propia enseñanza de la lengua, de la historia, de la filosofía italiana es imposible sin referencia a la cruz cristiana. San Francisco, Dante y Manzoni deberán entonces ser censurados en los libros de texto.

El Parlamento polaco (Sejm) aprobó el 5 de diciembre una declaración en defensa de la libertad religiosa y a favor de la presencia de crucifijos en las escuelas, por 347 votos contra 40. *"El Sejm está preocupado por las decisiones que buscan conciliar la libertad religiosa, pero ignoran los derechos y sentimientos de los creyentes"*, dice el texto. *"La señal de la cruz no es sólo es un símbolo religioso y un signo del amor de Dios a la gente, sino que en la esfera pública recuerda la disposición a sacrificarse por los demás, y expresa los valores que construyen el respeto de la dignidad de cada hombre y sus derechos"*.

En Grecia, el primado ortodoxo Ieronymos II se opuso a la sentencia y declaró que *"no son sólo las minorías las que tienen derechos; los derechos son también de las mayorías"*. Convocó a un Sínodo extraordinario para ejecutar medidas contra la decisión.

## 4. Análisis crítico de la sentencia

Vamos a analizar los argumentos del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos desde el ángulo de su fundamentación. Hay una fundamentación dogmático-constitucional, otra relativa a la teoría general del derecho de los derechos humanos y otra –la más definitiva en sus ultimidades– de carácter filosófico-jurídico. Nosotros, por la naturaleza de la materia que así lo sugiere, nos vamos a situar en esta última, sin perjuicio de los necesarios alcances que haremos en las áreas de las dos primeras.

En otras ocasiones el tribunal europeo ya se había pronunciado sobre la cuestión de los símbolos religiosos a propósito de su uso por particulares en los espacios públicos.[30] Pero ahora se trataba de un asunto de mayor relevancia, a saber, si el uso público de símbolos religiosos en los países cristianos afecta el carácter neutral y laico del Estado, y si su presencia en las escuelas viola la libertad de conciencia y de religión y el derecho a la educación y a la enseñanza de acuerdo a las propias convicciones.

Para resolver el problema, la Corte Europea no atendió a las particularidades constitucionales del país demandado, esto es, a que la Iglesia Católica en

[30] *Leyla Şahin c. Turquía*, del 10 de noviembre del 2005; *Kervançi vs. Francia y Dogru vs. Francia*, de diciembre del 2008. Asimismo, la Corte ha definido el rol del Estado laico en la garantía del derecho a la educación y a la enseñanza en *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, serie A N° 23, pp. 24-28, §§ 50-54; *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1982, serie A N° 48, pp. 16-18, §§ 36-37; *Valsamis c. Grecia*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Recueil des arrêts y décisions* 1996-VI, pp. 2323-2324, §§ 25-28; y *Folgerø y autres c. Noruega* [GC], 15472/02, CEDH 2007-VIII, § 84.

Italia, por razones históricas, tiene constitucionalmente un status especial, y que además sus relaciones con el Estado se rigen por acuerdos recíprocos de colaboración. Tampoco constató los aspectos históricos, esto es, la simbiosis gradual entre cristianismo y cultura en aquel país, mediación necesaria para comprender el papel real que juega la cruz como simbología concreta en el ámbito público italiano. Tal estudio es inexcusable desde el punto de la naturaleza del símbolo religioso.[31] El tribunal sólo detuvo la mirada ante el reclamo de una ciudadana finlandesa, molesta con el uso de un símbolo que no hace parte, al menos no del mismo modo, de la identidad de su país de origen, y que exige que sea sacado de las escuelas italianas por una cuestión de principios: porque la presencia de la cruz violaría los derechos fundamentales de ella y de sus hijos.

Analicemos los argumentos.

**i) Argumento de la laicidad.** La Corte invoca el principio de la laicidad del Estado para colocar en interdicción el crucifijo en las escuelas públicas. Pero ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la jurisprudencia histórica de la Corte habían adoptado un modelo de laicidad que justifique tal consecuencia. Por el contrario, siempre se había entendido que la *"laicidad"* equivale a *"imparcialidad"*. Ahora, con la decisión en comento, laicidad viene a exigir una postura dinámica de interferencia que busca la supresión del fenómeno religioso en la vida pública, aun cuando responda masivamente a una tradición histórica e identitaria.

¿Cuál es la justificación de esta posición? Desde un punto de vista doctrinario, la Corte ha asumido la noción de laicidad del modelo clásico francés y turco, que en los últimos años había quedado reflejada en las sentencias *Leyla Şahin c. Turquía y Dogru c. Francia*, y que ahora se consuma con la resolución en comento.[32]

[31] La Corte afirma que va a tomar en cuenta la naturaleza del símbolo religioso, pero no lo hace ni en abstracto ni en el contexto concreto de la cultural italiana, pues parte del axioma que toda influencia religiosa es necesariamente maléfica: *"Para examinar esta cuestión, la Corte tomará principalmente en cuenta la naturaleza del símbolo religioso y su impacto sobre los alumnos de temprana edad, en particular los hijos de la demandante. En efecto, en los países donde la gran mayoría de la población profesa una religión precisa, la manifestación de ritos y de símbolos de esa religión, sin restricción de lugar y de forma, puede constituir una presión sobre los alumnos que no practican la susodicha religión o sobre aquellos que profesan otra religión"* (Karaduman c. Turquía, decisión de Comisión del 3 de mayo de 1993) (Considerando cincuenta).

[32] La observación es del jurista hispano Rafael Palominos: *"Si atendemos a la jurisprudencia reciente del Tribunal sobre el velo islámico de estudiantes en establecimientos educativos estatales (decisiones Şahin contra Turquía y Dogru contra Francia, por citar dos sentencias especialmente emblemáticas) y combinamos su resultado con el de esta nueva sentencia (Lautsi contra Italia), se llega a la conclusión de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos promocionaría la supresión de símbolos religiosos del espacio público. Esta promoción se justificaría a partir del principio de laicidad al estilo de Francia o Turquía, que resultaría –a*

Pero, como se sabe, la noción de Estado laico es bastante ambigua. En el reto por su significación caben al menos tres grados:

**a)** Estado laico *"neutro"*, cuya laicidad se manifiesta en una independencia en estado puro con el fenómeno religioso, que no lo inclina ni a favorecer ni a perjudicar las confesiones religiosas.[33]

**b)** Estado laico *"positivo"*, que asume el fenómeno religioso como un bien, favorece el desarrollo de las confesiones en su interior, mientras respeten el orden público y los bienes constitucionales básicos y respeta la expresión pública de las tradiciones religiosas históricas, excluyendo la profesión pública e institucional de una fe determinada. El modelo característico es el de EEUU e Italia.

**c)** Estado laico *"negativo"*, parte de la base que el fenómeno religioso es algo no deseable o peligroso, y que, por lo mismo, lo relega al ámbito de las creencias privadas, cuando no lo persigue. Es el adoptado por los estados de corte totalitario.

Estos grados pueden ser incluidos dentro de una sistematización más precisa. Básicamente en dos modelos de Estado laico:

**a)** Estado laico fundado en la laicidad: Es el Estado que en su organización y finalidades mantiene independencia jurídica respecto de cualquier profesión de fe y confesión religiosa, pero reconoce el fenómeno religioso como un hecho positivo y organizado, favoreciéndolo con relaciones de colaboración de acuerdo al peso social que mantenga cada una de las comunidades religiosas. *"El Estado laico, cuando es correctamente percibido, no profesa, pues, una ideología "laicista", si con esto entendemos una ideología irreligiosa o antirreligiosa"*.[34]

*juicio del Tribunal, no desde luego a juicio de un amplio sector doctrinal, político y social– un principio totalmente legítimo para limitar la libertad religiosa individual"* (ACE Prensa, 23/11/2009). Es importante puntualizar aquí que, en todo caso, el modelo laico francés que la Corte Europea estaría sustentando no es contemporáneo, sino el clásico, inaugurado en la III República, de cara nítidamente antirreligiosa. Actualmente, en cambio, al menos en los dos últimas décadas, los teóricos franceses han ensayado al interior de su país un laicismo arreligioso, sin hostilidad pugnaz contra la fe. De ahí las relaciones de colaboración relativa entre el Estado francés y la Iglesia católica gala, después del ocaso del socialismo hostilmente laico de François Mitterand. Este laicismo que tiende a la laicidad no ha encontrado eco, sin embargo, en las directivas paneuropeas de orientación francesa. Acerca del modelo clásico de laicidad francesa y sus avatares, vid. Dionisio Llamazares, *"Derecho de la libertad de conciencia"*, Vol. I, Civitas, Pamplona, 3ª ed. corregida y aumentada, 2007, pp.159-160 y 259-268. Sobre los cambios en el modelo francés de las últimas décadas, cfr. Marcel Gauchet, *"La religión en la democracia. El camino del laicismo"*, traducción de Santiago Roncagliolo, Editorial Complutense, Madrid, 2003, pp.101-133.

[33] ¿Es realmente "neutra" la independencia frente a lo religioso? ¿No es ésta una posición que en sí misma implica ya una valoración?

[34] Valerio Zanone, en Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola, y Pasquino, Gianfranco (Eds.), *"Diccionario de la política"*, versión de Editora UNB, Brasilia, 1983, Vol. I (11ª edición), p. 670.

Esta concepción del Estado laico reconoce muchas variantes. En España, por ejemplo, se discute si el modelo establecido en la Constitución de 1978 consagra una "laicidad positiva"[35] o una laicidad "agnóstica" que está a un paso del laicismo, pero que nominativamente reniega de él.[36]

**b)** Estado laico fundado en el laicismo: Es el Estado que en su organización y finalidades mantiene total independencia jurídica respecto de cualquier profesión de fe y confesión religiosa, sin reconocer en el fenómeno religioso más que en su mera realidad existencial, no admitiendo vínculos de colaboración con él, y procurando que las confesiones religiosas se reduzcan a la vida privada.

El laicismo tiene muchos grados, desde la opresión abierta hasta el método gradual de asfixia de las confesiones religiosas mediante retiro de subvenciones a sus escuelas, destierro de sus símbolos históricos de los espacios públicos, exclusión de asistencia religiosa a hospitales, a las Fuerzas Armadas, etc. En los perfiles actuales del laicismo se han abandonado los métodos compulsivos contra la religión, y se prefieren los medios progresivos e indoloros. El modelo característico del Estado laico fundado en el laicismo es el francés, cuya sustancia puede ser definida con estas palabras: *"El hecho religioso no es reconocido,*

---

[35] *"El Tribunal Constitucional español ha aludido en hasta cuatro sentencias (las 46/2001, F.4; 128/2001, F.2 in fine, 154/2002, F.6 y 101/2004, F.3) a la presencia en nuestro sistema de una "laicidad positiva". Da así por sentado que fuera de la Constitución habría otra laicidad 'negativa', o al menos formulada de modo negativo. Sugiere con ello un reconocimiento del Estado español como positivamente laico y no como negativamente laicista ... Lo que realmente está en discusión es si se considera a lo religioso –al igual que lo ideológico– como un factor socialmente positivo, enriquecedor de una sociedad democrática. El laicismo lo valora negativamente, como elemento bloqueador del diálogo o como alimentador de un fanatismo conflictivo... La laicidad positiva plasmada en nuestra Constitución implica, por el contrario, el efectivo reconocimiento de la libertad religiosa como derecho fundamental del ciudadano, a cuyo servicio el Estado ha de mantener con las confesiones las consiguientes relaciones de cooperación".* Andrés Ollero Tassara Cfr. *"Aconfesionalidad, laicidad y laicismo"*, Exposición del 28 de noviembre de 2005 en la Universidad San Pablo-Ceu, síntesis de su obra *"España ¿un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional"*, Civitas, Madrid, 2005.

[36] *"En España, en la actualidad, en el artículo 16.3 de la Constitución se señala: "ninguna confesión tendrá carácter estatal". El itinerario de desarrollo de la secularización y su dimensión político-jurídica, la laicidad, deja a la Iglesia al margen del poder. La persona de fe, el creyente, está protegido en las sociedades democráticas modernas por la libertad ideológica o religiosa y por las instituciones y los procedimientos de una democracia laica. La laicidad supone respeto para los que profesan cualquier religión, mientras que personas e instituciones religiosas con visiones integristas o totalizadoras, lo que abunda en sectores católicos antimodernos, no respetan al no creyente. Por eso las instituciones laicas son una garantía mayor para todos. La laicidad es una situación, con estatus político y jurídico, que garantiza la neutralidad en el tema religioso, el pluralismo, los derechos y las libertades, y la participación de todos. A veces, desde posiciones interesadas, se le ha intentado identificar (la laicidad) con el laicismo, que es una actitud enfrentada y beligerante con la Iglesia. Es una maniobra más para desacreditar a la laicidad política y jurídica. Bobbio, una vez más, aclara definitivamente el tema: el laicismo es "un comportamiento de los intransigentes defensores de los pretendidos valores laicos contrapuestos a las religiones y de intolerancia hacia las fes y las instituciones religiosas. El laicismo que necesita armarse y organizarse corre el riesgo de convertirse en una Iglesia contrapuesta a otra Iglesia".* Cfr. Gregorio Peces-Barba, "Sobre laicidad y laicismo" en *"El País"*, edición del 19 de septiembre de 2007.

*es simplemente conocido por ley. No tiene ningún carácter fundador o previo a la asociación política".*[37]

Siguiendo a Baubérot y Boussinesq,[38] entre otros, Catherine Kintzler ha defendido últimamente este modelo que, por la imposición de una tolerancia fundada en el indiferentismo religioso, equivale a la profesión del agnosticismo práctico en la vida pública, aunque purgado de su faceta anticlerical: *"La figura completa de la tolerancia"* comprende *"tres proposiciones: 1ª proposición: de nadie se espera que tenga una religión más bien que otra; 2ª proposición: de nadie se espera que tenga una religión más bien que ninguna; 3ª proposición: de nadie se espera que no tenga una religión. Si se quiere garantizar estas tres proposiciones es necesario que el derecho común reglamente la coexistencia de las libertades y es preferible –e incluso necesario– que las cosas relativas a las creencias se mantengan privadas y que gocen de las simples libertades civiles.*[39]

El fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos adopta este segundo género de lo *"laico"*, que connota evidentemente un juicio de valor peyorativo hacia el fenómeno religioso. Afirmar que la labor del Estado laico en el campo educacional es garantizar que los niños *"tomen distancia"* de las expresiones religiosas, pues solo así puede madurar su pensamiento crítico, es asumir la poca valía de lo religioso. El grado de animadversión implicado en esta idea puede ser objeto de discusión. El tribunal se muestra incapacitado para comprender la naturaleza de lo religioso, sociológicamente considerado, por lo que su decisión supone un *conocimiento,* pero no un *reconocimiento* de la religión. Pero también da pábulo, con la exclusión del crucifijo y sus consecuencias, a una suerte de laicismo de combate, que pugna por erradicar de la educación pública toda forma de influencia religiosa, aunque esté asentada cultural y secularmente.[40]

La opción por este tipo de laicidad muestra que la sentencia en comento se nutre de una filosofía *agnóstica militante.* Entendemos por *agnosticismo* la idea o sistema de pensamiento que afirma la imposibilidad de conocer si Dios

[37] Catherine Kintzler, *"Tolerancia y laicismo"*, Signo, Buenos Aires, 2005, p. 25.

[38] Es la tesis de Jean Baubérot, *"Vers un nouveau pacte laïque?"*, Seuil, París, 1990, y Jean Boussinesq, *"La laicité francaise"*, Seuil, París, 1994.

[39] Catherine Kintzler, *"Tolerancia y laicismo"*, Signo, Buenos Aires, 2005, p. 18.

[40] Esto explica por qué la sentencia asume como dato cierto una concepción parcial y peyorativa de la función que el fenómeno religioso juega en la configuración de la vida pública. En efecto, el fallo parte de la base que (i) la religión es un asunto de meros sentimientos, que (ii) siempre (iii) debe estar recluida en el fuero interno o al menos en el ámbito de la vida íntima de quienes la profesan. Ahora bien, estas tres afirmaciones son otros tantos postulados filosóficos e históricos que precisan ser demostrados, o si se quiere, no pueden ser adoptados sin discusión como si fueran hechos públicos y notorios. De hecho, sucede todo lo contrario: las tres religiones monoteístas más importantes de la historia –el cristianismo, el judaísmo y el Islam– son constitutivamente comunitarias y sociales.

existe o no, o si históricamente ha revelado o no una fe (como la cristiana, por ejemplo), o si se le pueden atribuir ciertos atributos (bondad, sabiduría, omnipotencia, justicia, providencia, etc.). La afirmación agnóstica como tal no supone necesariamente una antipatía práctica hacia el fenómeno religioso. Por eso agregamos aquí el término *militante*. Para significar que la Corte Europea no sólo supone *a priori* que su filosofía es universalmente válida, sino que además pretende imponerla a quienes no adhieren libremente a ella.

Se nos puede objetar legítimamente que de la actitud agnóstica no puede derivarse una postura hostil hacia lo religioso, pues ello implicaría la convicción de que la religión, especialmente la cristiana, es un mal que debe ser erradicado, posición más congruente con el ateísmo militante, por ejemplo, con el marxismo, que con un agnosticismo despreocupado de los asuntos divinos. Observamos, sin embargo, que cabe un ateísmo teórico militante –*Dios no puede ni debe existir*– que formula en sede jurídica una posición teórica agnóstica –*no podemos conocer* si una religión determinada es *buena o verdadera*– para los efectos de promover una actitud de ateísmo práctico –*no queremos* que en la *vida pública* se invoque a Dios, y menos que tenga presencia el *Dios cristiano y sus símbolos*.

De cualquier forma, al excluir en un país cristiano el uso público de la cruz, los sentenciadores han incurrido en una inconsistencia lógica y jurídica:

Una *inconsistencia lógica*, porque la no presencia de la cruz como símbolo negativo del agnosticismo de Estado es una postura tan religiosa –precisamente porque es radicalmente antirreligiosa– como la presencia de la cruz como símbolo cristiano.

Una *inconsistencia jurídica*, porque al imponer la incredulidad está violando la libertad de conciencia y de religión de los creyentes, así como el derecho a la educación y a la enseñanza según las propias convicciones.

Este laicismo no tiene títulos de razonabilidad para imponerse universalmente a los países de mayoría y tradición religiosa, o donde los no creyentes vean en el fenómeno religioso un valor positivo para la sociedad.

**ii) Argumento de la neutralidad confesional.** La sentencia invoca el principio de neutralidad confesional, indicando que no se debe tener ninguna consideración por la religión cristiana. Indica incluso que por ninguna religión. Pero esto no es neutralidad *religiosa* (permitir la coexistencia dinámica y activa entre las distintas religiones y su papel formativo), sino que neutralidad *antirreligiosa* (privar a las religiones de su función social).

Se trata de una "neutralidad" no neutral, pues por medio de ella la Corte no afirma la independencia relativa frente a lo religioso sino su prescindencia absoluta. Estado laico viene a significar entonces Estado *laicizador* o, en términos anglosajones, *secularizador*, esto es, el que *pone en ejecución* e *impone* a los creyentes el agnosticismo práctico en la vida pública y la reducción forzada de lo religioso a la vida privada.

Se ha observado otra inconsecuencia jurídica en este plano. La supuesta neutralidad del Estado no aparece aquí al servicio de la libertad religiosa de los ciudadanos, sino que se sirve de esa libertad para crear espacios públicos aparentemente asépticos, que en realidad son receptáculos dóciles del agnosticismo o del pensamiento único impuesto por el Estado educador en materia de moral sexual, social, medioambiental, etc.

**iii) Argumento de la significación religiosa predominante.** A nuestro juicio, este argumento parte de un hecho no acreditado: el que la significación cultural del crucifijo tiene un peso muy escaso. Las reacciones contra la propia sentencia en Italia, desde ambientes incluso no específicamente religiosos, parecen probar lo contrario.

**iv) Argumento de la dimensión negativa de las libertades de religión y de enseñanza.** El jurista Rafael Palomino ha señalado en el ámbito español la incongruencia de este argumento:

*"La libertad religiosa negativa significa, entre otras cosas, que las personas no pueden verse expuestas a una influencia religiosa o ideológica no querida o contraria a las propias convicciones. La estimación de las situaciones lesivas son muy variadas: desde las más patentes y claras, como obligar a una persona a jurar por Dios antes de ocupar un cargo político o profesional (sentencia Buscarini y otros contra San Marino; Alexandridis contra Grecia), hasta otras menos patentes o intrusivas, como verse expuesto a signos o manifestaciones de creencias (religiosas o no religiosas) que no se comparten, que son contrarias a las propias o incluso que se rechazan (el sonido de unas campanas de una Iglesia, el canto del muecín desde el minarete, etc.).*

*Estas últimas "lesiones" o molestias a la propia identidad religiosa son, sencillamente, inevitables en muchos casos: se derivan de la pluralidad religiosa de la sociedad, de la historia y tradiciones del país en el que vive o que visita, etc. Pues bien: esta misma graduación de lesiones a la libertad religiosa negativa se produce en la escuela de titularidad estatal: hay situaciones flagrantes de lesión, como verse sometido de forma obligatoria a la enseñanza religiosa confesional (sentencia Folgerø contra Noruega) o a una asignatura indoctrinadora (piénsese en la Educación para la Ciudadanía en España). Y hay también situaciones menos patentes en su*

*lesividad, o menos invasivas de las propias convicciones, como encontrarse en un aula presidida por un crucifijo.*

*Respecto de esta última situación creo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha limitado a constatar una lesión de la libertad religiosa y a señalar que esa lesión es inadmisible, pero sin justificar por qué debe predominar incondicionalmente la libertad religiosa de la madre y de los alumnos afectados sobre la historia y cultura italianas. Y esto hubiera sido muy útil para el futuro: con la sola sentencia en la mano se siembra el conflicto en las aulas si, por ejemplo, al aproximarse el mes de noviembre el centro escolar promoviera la fiesta de Halloween o en abril la fiesta de la primavera o en enero la fiesta de la Constitución (probablemente contraria a la libertad religiosa negativa de los Testigos de Jehová)".*[41]

Por otro lado, hemos de agregar que el concepto de libertad religiosa negativa debe ser sometido a examen, al menos en cuanto a su extensión. Es absurdo pretender la existencia de un derecho que destruye su propio objeto. El que la libertad de conciencia y de religión deba prescindir de todo culto, práctica o simbología religiosa contraría *in recto* la naturaleza de esa misma libertad.

**v) Argumento de la libertad de enseñanza amparada por el pluralismo.** A nuestro juicio, este argumento incurre en la falacia de excesiva generalización. El pluralismo no se identifica con la pérdida de la propia identidad. Al contrario, presupone su perdurabilidad y vigencia, especialmente a nivel educativo. Lo que cabe es averiguar si un símbolo religioso hace parte de una determinada identidad nacional, cultural e histórica, y no rechazar de plano esa posibilidad, como hacen los sentenciadores.

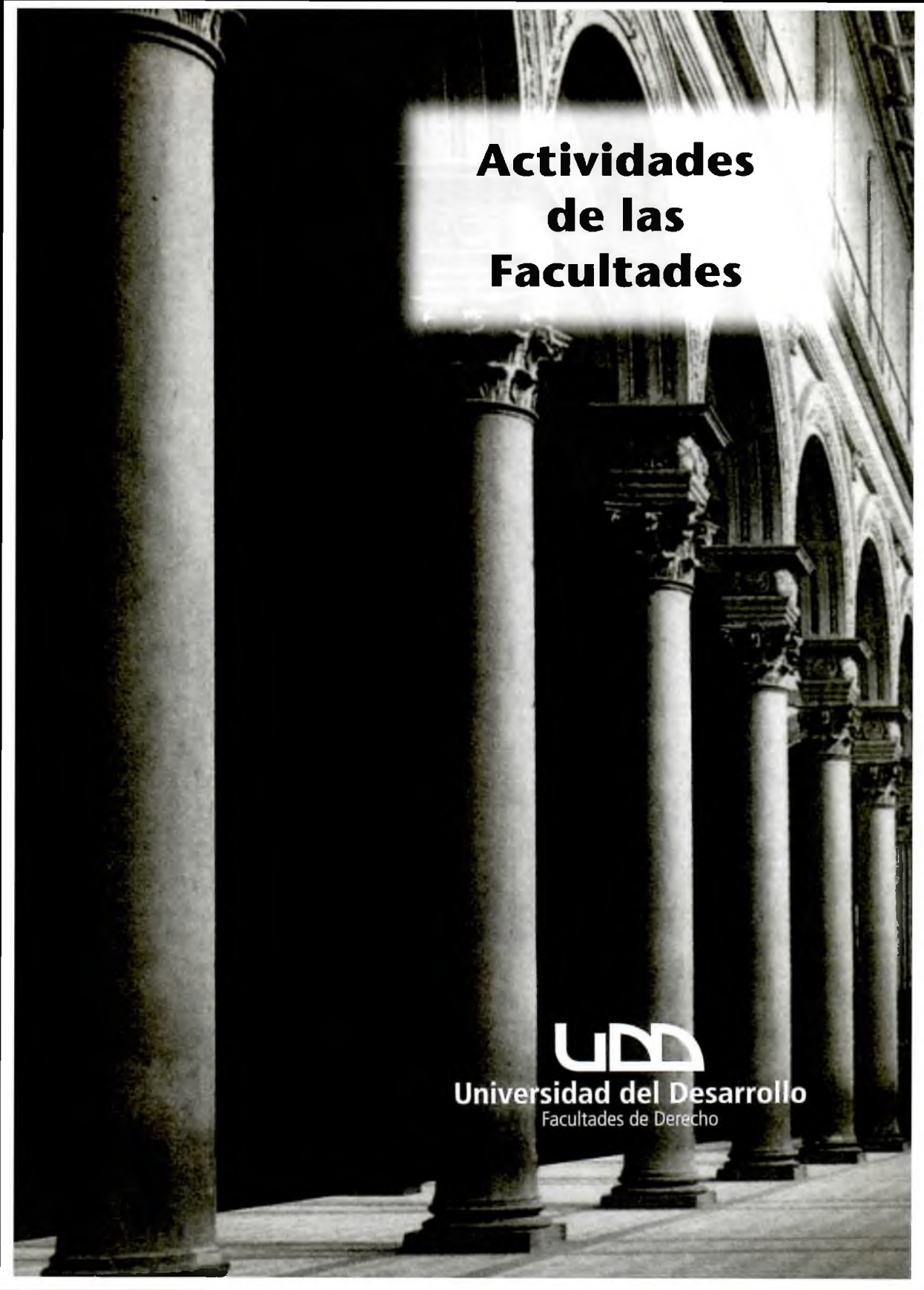
Rafael Palomino señala que en este punto la Corte ha entrado desgraciadamente en una eventual *"esquizofrenia de resultados"*:

*"La sentencia Lautsi entra en abierta contradicción con el otro gran precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen contra Dinamarca, sobre la enseñanza sexual obligatoria en la escuela, contra las convicciones de los padres). Con el criterio y resultado de la sentencia del crucifijo italiana, aquella otra sobre educación sexual obligatoria hubiera reconocido el derecho de los padres a que sus hijos fueran eximidos; por el contrario, con el criterio de la sentencia sobre educación sexual en Dinamarca esta otra italiana hubiera admitido la presencia de crucifijos en las aulas".*[42]

[41] Rafael Palomino, supra, loc cit.
[42] Ibíd.

## 5. Conclusión

Del análisis precedente podemos concluir que la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que ordena sacar los crucifijos de las escuelas públicas es una resolución, a nuestro juicio, sin fundamentos razonables, cargada de prejuicios contra el fenómeno religioso en general, y contra el crucifijo como símbolo religioso y cultural en particular. La noción de laicidad que maneja nace de una postura filosófica previa que, por su naturaleza especulativa, no puede ser resuelta por un tribunal, y que, de cualquier modo, no puede imponerse por vía jurídica a quienes no la comparten salvo que se haga a expensas de la libertad de conciencia y de religión que la propia Corte está obligada a garantizar. Es, en fin, un fallo inicuo, porque pretende imponer a los menores el agnosticismo práctico en el espacio público como si los símbolos cristianos, en el seno de los países cristianos, fuesen un vil material cuyo daño hay que evitar. Mal que mal, como recordó el ex Presidente del Consejo de Ministros de Italia, Giuliano Amato, Europa es una tierra donde la cruz se encuentra cada cien pasos, desde Grecia hasta Suecia (que la tienen incluso en sus banderas). Afirmar la laicidad de las instituciones es algo muy distinto a negar el papel del cristianismo en la sociedad. Promover la libertad religiosa es algo muy diverso a coaccionar la expresión religiosa.



# Actividades de las Facultades

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

# Actividades de la Facultad de Derecho, sede Santiago

## Segundo semestre 2009

**Trinidad Siles Del Valle**
Coordinadora de Carrera
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Durante el segundo semestre del año 2009 se llevaron a cabo múltiples actividades académicas, de las que destacamos las siguientes:

### I. Actividades de admisión

"Los eslabones del Derecho" fue el programa de actividades de Admisión, cuyo fin es familiarizar con la UDD a los alumnos de 4° Medio con promedio 6.0 o más. Desde la perspectiva de análisis de casos vigentes se asumieron posturas de diversa índole jurídica.

El sábado 13 de junio, el profesor José Francisco García expuso un planteamiento jurídico en torno a "La legalización de la marihuana". Los alumnos durante esa actividad fueron capaces de discutir el tema y de dar sus puntos de vista, argumentando sus posturas.

El sábado 8 de agosto, Sergio Huidobro, profesor de Derecho Penal, analizó el "Caso La Quintrala". En la actividad se revisaron, a grandes rasgos, aspectos fundamentales para acercarse jurídicamente al caso de María del Pilar Pérez, (La Quintrala). Los alumnos pudieron discutir y debatir la temática penal.

#### Jornadas vocacionales

Las Jornadas vocacionales tienen como objetivo mostrar a los alumnos de 4° Medio las diversas áreas en que puede desempeñarse un abogado. Y a la vez dar a conocer nuestra Universidad. Estas se realizaron en las siguientes fechas:

25 de abril: En esta oportunidad se analizó la colisión de derechos, y contamos con la colaboración del profesor José Francisco García.

4 de julio: Se abrió un debate entre los participantes, coordinado por el profesor Sergio Verdugo.

5 de septiembre: se efectuó una simulación de juicio oral de familia, que fue organizada por el profesor Manuel Suárez.

**Charlas de profesores en colegios**

Estas charlas, solicitadas por los colegios, se enmarcaron dentro de las clases de los alumnos de Educación Cívica de 4° Medio. En ellas, en forma expositiva, se analizaron diversos temas y los alumnos intervinieron con preguntas o dudas. Se llevaron a cabo en tres fechas distintas durante el segundo semestre en los siguientes colegios:

Colegio San Anselmo, con el profesor Sergio Verdugo.

Colegio Lincoln Internacional Academy, con los profesores José Francisco García y Sergio Verdugo.

Colegio Apoquindo, con el profesor Francisco Diez.

Colegio Santiago College, con el profesor auxiliar Cristián Montenegro.

Colegio Nuestra Señora de Loreto, con el coordinador de postgrados señor Alejandro Leiva.

**Encuentro con el Decano**

El lunes 23 de noviembre, 13 alumnos de diversos colegios de Santiago y de regiones se reunieron con el Decano y la Directora de la Facultad en un encuentro distendido. En éste los interesados les plantearon preguntas e inquietudes acerca de la profesión del abogado.

## II. Actividades académicas con los alumnos

### Actividades con los alumnos: Visitas

En el marco del curso de Derecho Civil IV, el profesor Ambrosio Rodríguez visitó junto con sus alumnos y ayudante los **Tribunales de Familia**; así mismo el profesor de Derecho Procesal I Jorge Ugarte realizó con sus alumnos y ayudante una visita a la **Corte de Apelaciones**. Siguiendo las dinámicas de las visitas, la profesora de Derecho Romano Ximena Pulgar y sus alumnos asistieron a un juicio oral en el **Centro de Justicia**. Allí intercambiaron ideas con los fiscales y jueces. Este mismo curso asistió una semana después al **19° Juzgado Civil**. El curso de Responsabilidad Pública de la profesora Carol Bown contempla una visita al **Congreso Nacional** en Valparaíso. En el recorrido por las dependencias de la Cámara de diputados, los alumnos fueron recibidos por el Presidente de la Cámara de Diputados, Sr. Rodrigo Álvarez, y acogidos con un café.

El laboralista William Thayer expuso su visión sobre el tema "**La evolución de la legislación laboral en Chile**" en una de las clases del curso de Derecho del Trabajo I, de la profesora Cecily Halpern.

"**Televisión digital en Chile: desafíos legales y políticos**" fue el tema del seminario organizado por el profesor Raúl Campusano D. y el Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho. Una jornada dirigida a los alumnos con diversos paneles en torno a la TV digital; participaron en este encuentro el Encargado Político de la Embajada del Japón, Sr. Shinji Maeda; Lucas Sierra, profesor de Derecho de las Telecomunicaciones; Thierry de Saint Pierre, Director del TIC, Innovación empresarial e innovación precompetitiva de INNOVA-CHILE-CORFO; Jaime Salas, investigador del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo.

### Obra teatral en Derecho Romano

En octubre, el Taller de Teatro de Derecho Romano celebró su décimo aniversario con la presentación de la obra "Rómulo y Remo". Este taller pretende desplegar la capacidad oratoria de los alumnos y recrear el mundo de la antigua Roma. Estas puestas en escena han estado a cargo de la profesora titular Ángela Cattan y de sus asistentas Alejandra Carrasco y Camila Leyva.

En esta oportunidad, los alumnos que participaron en estas actividades en distintas generaciones le rindieron un homenaje a la profesora Cattan, quien deja su cátedra para asumir otras responsabilidades profesionales.

## III. Actividades de la Facultad

### *Ius Postulandi*

La facultad le asigna relevancia a la investidura del "*Ius postulandi*" y por la misma razón, en una ceremonia solemne, en junio, les fue entregado este reconocimiento a todos aquellos alumnos que cumplieron con todos los requisitos para obtenerlo y poder así comparecer legalmente en los juicios. Contamos, en esa ocasión, con la presencia del Presidente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, don Jorge Dahm Oyarzún, y del Decano de la Facultad, profesor Pablo Rodríguez Grez.

### Actividades con los ayudantes

Como forma de reconocer el mérito de los ayudantes seleccionados en los concursos de antecedentes y oposiciones del período académico 2009, el Decano de la carrera, Sr. Pablo Rodríguez Grez, y la directora, Sra. Cecily Halpern Montecino, invitaron a todos los ayudantes a participar en una ceremonia en la cual se les hizo entrega de la "Resolución de Ayudantes". Esta actividad se realizó el 8 de junio del presente año.

En una segunda oportunidad, el 28 de octubre, los ayudantes fueron nuevamente convocados por la Facultad para intercambiar impresiones acerca de sus actividades y discutir algunos temas del estatuto docente.

### Conmemoración de los 10 años de la Facultad de Derecho

Con una cena en un salón de la Casapiedra se celebraron los 10 años de existencia de la Facultad de Derecho de Santiago y también de la edición número 20 de la revista *Actualidad Jurídica*. A esta celebración fueron invitados todos los profesores de la Facultad y Directores de la Universidad.

### Centro de Alumnos de Derecho

Este año sólo se presentó una lista para integrar el Centro de Alumnos de Derecho durante el 2009.

Los días 27 y 28 de octubre, con un 95 % de apoyo estudiantil, fue elegida la nómina constituida por 7 alumnos en distintos cargos.

La Dirección de Asuntos Estudiantiles de la Universidad, dados los resultados, declaró ganadora a la única lista encabezada por Luis Felipe Valencia, constituyéndose de esta manera un nuevo Centro de Alumnos de la carrera de Derecho.

Un mes después de haber sido elegido, el Centro de Alumnos de Derecho tuvo un interesante encuentro con el Decano de la Facultad, la Directora y las coordinadoras de la carrera, donde planteó, en líneas generales, los proyectos que tiene previsto desarrollar durante el año 2010.

**"Conversaciones" o "Derecho a Conversar"**

La Facultad de Derecho organizó dos encuentros con historiadores durante el segundo semestre; en el primero Gonzalo Rojas y Alfredo Jocelyn Holt se reunieron con nuestros alumnos de Derecho planteando una intensa discusión en torno a la historia y su interpretación. En la segunda conversación, Julio Retamal Faverau fue entrevistado por un profesor de la Facultad, don Hugo Rivera, y un profesor de la Facultad de Literatura, Armando Roa. Fue una dinámica interesante en la cual los alumnos tuvieron la oportunidad de oír a un intelectual que ha cuestionado el destino de las civilizaciones del mundo.

El 4 de noviembre se realizó la premiación del Concurso de Cuentos, actividad organizada por la Facultad de Derecho, con la cual cerró el ciclo de conversaciones.

Los premios, donados por "Enjoy", Librería Ulises y la UDD, recayeron sobre los cuentos: "Un buen día", del alumno de Periodismo Cristián Dávila Vargas; "Alma", de la alumna de Medicina Daniela Alejandra Alvo Campeny; "Carta al 305" y "Los dibujos del barón", del alumno de Derecho Ignacio Dussaubat Garretón, y finalmente "Pies a tierra", del alumno de Derecho Cristobal Daniel Castro Miranda.

En la ceremonia, pronunciaron unas palabras don Ángelo Vita Vecchia, a nombre de la Librería Ulises; doña Cecily Halpern Montecinos, Directora de la carrera, y Trinidad Siles del Valle, Coordinadora Académica de la carrera. Se aprovechó esta instancia de la ceremonia de premios para rendirle un homenaje póstumo al abogado e historiador, recién fallecido, Gonzalo Vial Correa.

**Ceremonia de Graduación: Derecho, Ciencia Política, Historia, Literatura y Licenciatura en Arte**

El 30 de noviembre, en una solemne ceremonia presidida por el Rector de la UDD, Ernesto Silva Bafalluy, la Vicerrectora Académica, Ana María Díaz Muñoz, y el Decano de nuestra Facultad, don Pablo Rodríguez Grez, le entregaron a 32 licenciados en Ciencias Jurídicas su grado académico. El Decano pronunció un discurso sobre los abogados en el mundo globalizado. Alejandra Paz Lazo Ribalta recibió el premio Universidad del Desarrollo por destacarse como la mejor alumna que obtenía el grado en esta oportunidad. A cargo de ella estuvo el discurso de agradecimiento, en representación de los licenciados en Ciencias Jurídicas.

## IV. Reuniones con profesores

La Facultad agrupó en dos sesiones las reuniones con los profesores. En una primera fecha, el 26 de agosto, se reunieron con el Decano, la Directora y el coordinador del segundo ciclo los profesores de Primer y Segundo año. Y en una segunda fecha, 2 de septiembre, les correspondió a los profesores de Tercer, Cuarto y Quinto nivel de la carrera con el respectivo coordinador de ciclo. En ambas ocasiones se analizaron temas de interés de cada curso e informaciones generales de las actividades docentes y administrativas.

## V. Presentaciones de libros

### Homenaje al profesor Pablo Rodríguez

En reconocimiento a la trayectoria del profesor Pablo Rodríguez Grez, un grupo de profesores de Derecho Privado compiló en el libro *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez* diversos artículos de interés jurídico. Esta edición se presentó el 3 de diciembre de 2009, en una emotiva ceremonia a la que asistieron los amigos del Decano y los profesores de nuestra Facultad. El Director del Departamento de Derecho Privado, don Hugo Rosende Álvarez, habló a nombre de todos los asistentes.

## VI. Actividades de Extensión y Educación Continua 2009

### I. Seminarios

- Con fecha 16 de enero de 2009, se llevó a cabo el seminario sobre *El impacto de la crisis en el mundo laboral*, en el que connotados expositores analizaron los efectos de la crisis financiera en el ámbito de las relaciones laborales.

- Con fecha 29 de abril de 2009, se realizó el seminario sobre *La nueva justicia tributaria en Chile*, que reunió a diferentes expertos en el área, entre ellos al subdirector jurídico del Servicio de Impuestos Internos Pablo González S., los que analizaron los antecedentes y alcances del nuevo procedimiento de justicia tributaria.

- Con fecha 17 de junio de 2009 se llevó a cabo el seminario sobre *Los desafíos de la nueva legislación de libre competencia*; en dicha oportunidad connotados panelistas, como el fiscal nacional económico Enrique Vergara V. y el presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Eduardo Jara M., entre otros, se refirieron a los desafíos que impone la nueva legislación en materia de libre competencia.

• Con fecha 18 de noviembre de 2009 se realizó el seminario sobre *Los gobiernos corporativos en empresas privadas*, que reunió a expertos panelistas, entre los que se cuenta al Superintendente de Valores y Seguros Guillermo Larraín R., que analizaron los distintos aspectos, antecedentes y alcances de la nueva Ley 20.382.

**Cursos de educación continua**

• Entre el 14 y el 22 de abril de 2009 se llevó a cabo el curso sobre *Arbitraje Comercial en Chile*, cuya duración fue de 16 horas y cuyo objetivo fue entregar a los alumnos una visión integral y actualizada del marco regulatorio de la actividad arbitral. El curso fue impartido por el profesor Javier Cruz T.

• Entre el 26 de mayo y el 03 de junio de 2009 se realizó el curso sobre *Bases del derecho ambiental*, cuyo propósito fue dar a conocer los principales aspectos jurídicos de la regulación y protección del medio ambiente a nivel nacional. El curso, que también tuvo una duración de 16 horas, fue impartido por los profesores Felipe Leiva S.; Camila Boettiger P. y Rodrigo Ropert F.

**Talleres**

Entre el 26 y 29 de octubre de 2009 se realizó el taller cerrado sobre *Nuevo procedimiento laboral*, que se ofreció a los abogados de la Dirección Jurídica de la I. M. de Coyhaique. El taller, cuya duración fue de 8 horas, fue impartido por los profesores Cecily Halpern M. y José Ugolini T.

SEMINARIOS

*1. El impacto de la crisis en el mundo laboral*
Fecha: 16/01/2009
Expositores: Héctor Humeres N.; Mauricio Peñaloza C.; Claudio Orellana F.; Cecily Halpern M.; Patricio Cortés D.
Asistentes inscritos: 52

*2. La nueva justicia tributaria en Chile: una realidad*
Fecha: 29/04/2009

Expositores: Pablo González S.; Juan Manuel Barahona S.; Patricio Figueroa V.
Asistentes inscritos: 20
Invitados: aproximadamente 60

*3. Desafíos de la nueva legislación sobre libre competencia*
Fecha: 17/06/2009
Expositores: Eduardo Jara M.; Luis Bates H.; Francisco Pfeffer U.; Enrique Vergara V.
Asistentes inscritos: 27
Invitados: aproximadamente 60

*4. Los gobiernos corporativos en empresas privadas: alcances y desafíos de la nueva Ley 20.382.*
Fecha: 18/11/2009
Asistentes inscritos: 129

CURSOS DE EDUCACIÓN CONTINUA

*1. El arbitraje comercial en Chile*
Fecha: 14/04/2009 – 22/04/2009
Docente: Javier Cruz T.
Inscritos: 10

*2. Bases de Derecho Ambiental*
Fecha: 26/05/2009 – 03/06/2009
Docentes: Felipe Leiva S.; Rodrigo Ropert F.; Camila Boettiger P.
Inscritos: 13

TALLERES

*1. Taller cerrado sobre nuevo procedimiento laboral*
Fecha: 26/10/2009 – 29/10/2009
Docentes: Cecily Halpern M.; José Ugolini T.
Inscritos: 2 abogados I. M. de Coyhaique

# Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción

## Primer semestre 2009

**Bruno Caprile Biermann**
*Magíster (D.E.A.) en Derecho Privado General*
**Universidad de París II, Francia**
Profesor de Derecho Civil
**Universidad del Desarrollo**

## I. Actividades de pregrado

### Inauguración Biblioteca Jurídica

En una ceremonia académica realizada el 14 de agosto del presente año, que contó con la asistencia de autoridades de la UDD, la Facultad de Derecho inauguró su Biblioteca Jurídica.

La Biblioteca, organizada en la modalidad de estantería totalmente abierta, cuenta con amplios espacios y con medios electrónicos de última generación.

Durante la ceremonia, el profesor y coordinador de Investigación y Biblioteca de la Facultad de Derecho, Sr. Bruno Caprile Biermann, realizó una reseña de la importancia de la biblioteca para los estudios jurídicos.

Las nuevas instalaciones fueron bendecidas por el capellán de la UDD, Sr. Francisco Basañe Méndez.

### Alumnos de Derecho comparten experiencias

Con el objeto de compartir sus experiencias y motivar a sus compañeros, alumnos de nuestra Facultad compartieron sus vivencias en distintas actividades en las que han tenido oportunidad de participar.

El primer grupo que intervino estuvo conformado por los alumnos que participaron del programa de Embajadores del Futuro. La alumna Javiera Vásquez comentó sobre el viaje a China y Vietnam, mientras se exhibieron fotos de la aventura.

En una segunda intervención, los alumnos que participaron de Trabajo País transmitieron la importancia de estar presentes en este tipo de actividades. Transmitieron su experiencia los alumnos Juan Pablo Bocaz, Paulina Pezoa y Gabriel Salas. En tercer lugar, la alumna Constanza Santana expuso sobre el proyecto católico Belén. Y finalmente nuestro alumno Alejandro Lagos presentó a sus compañeros un elocuente video, destinado a que nuestros alumnos se motivaran a participar en los trabajos de verano que cada año organiza nuestra casa de estudios.

**VII Versión de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil**

Entre el 6 y el 8 de agosto del presente año, se desarrolló en Concepción la séptima versión de las Jornadas Chilenas de Derecho Civil, organizadas en esta oportunidad por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

Representaron en esta actividad académica a nuestra Facultad, los profesores Andrés Kuncar Oneto, con el tema "Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato", y el profesor Bruno Caprile Biermann, quien presentó la ponencia sobre "El adjudicatario en una venta forzada debiera evitar que el Tribunal gire cheque al ejecutante antes de que el inmueble subastado se encuentre inscrito a su nombre: el embargo, la subasta de la misma cosa en procedimientos paralelos y otras vicisitudes anteriores y posteriores al remate".

**Alumnos de Derecho visitan la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción**

Con el objeto de complementar los conocimientos teóricos adquiridos en la asignatura de Derecho Procesal, los alumnos de la cátedra, a cargo de los profesores Juan Carlos Tapia y Sebastian Díaz, visitaron la Corte de Apelaciones.

La visita tuvo por objeto permitir a los alumnos conocer el funcionamiento interno de la Corte, la labor de cada funcionario y profundizar algo más en la forma de sorteo de las salas, causas en la tabla ordinaria, forma en que se agregan las causas extraordinarias, resoluciones de admisibilidad y de tramitación de recurso de protección y otros, fuera del conocimiento y funcionamiento general del Tribunal.

Los alumnos fueron recibidos por el presidente del Ilustrísimo Tribunal, Sr. Eliseo Araya Araya.

**Docentes de la Facultad de Derecho**

En el mes de agosto del presente año, el profesor de Historia del Derecho, Sr. Eduardo Andrades Rivas, viajó a Argentina invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.

Durante su estadía, el profesor Andrades dictó la conferencia "Notas sobre la obra de Fray Melchor Martínez, un defensor de la causa del Rey en Chile", en el Congreso Internacional hacia los Bicentenarios Independentistas y Realistas organizado por la misma Facultad de Derecho.

Asimismo fue recibido como académico en la Academia Nacional de Historia del Derecho de Córdoba.

Con posterioridad, durante el mes de octubre, el profesor de Derecho Civil Sr. Bruno Caprile Biermann, viajó a España invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad Ceu San Pablo, de Madrid.

Durante su estadía, el profesor Caprile dictó una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, sobre "La resolución unilateral del contrato y el derecho de desistimiento". Además, participó en una actividad académica en el despacho de abogados *Ramon Hermosilla & Gutierrez De La Roza.*

**Charla Ley de Transparencia**

El abogado Pablo Millán Barría fue el encargado de comentar a los alumnos de nuestra Facultad los aspectos más importantes sobre la Ley 20.285 sobre acceso a información pública, denominada Ley de Transparencia.

Al finalizar la exposición, los alumnos tuvieron la oportunidad de hacer consultas y generar un debate.

**Encuentro con el diputado Rodrigo Álvarez Zenteno**

El diputado Rodrigo Álvarez Zenteno compartió con un grupo de alumnos de nuestra Facultad, en una actividad organizada por la Pastoral de la UDD.

En dicho encuentro, realizado el viernes 2 de octubre, el parlamentario invitó a los jóvenes a creer en la política y destacó que el contenido de la democracia depende de cada generación. Su conversación la centró en tres pilares fundamentales. Lo primero que señaló fue que para tener buenos resultados es

necesario formarse, también indicó que era necesario estar dispuesto a hablar consecuentemente, de acuerdo a sus convicciones. Y lo tercero fue que el servicio público es una vocación.

**Primer Encuentro de Derecho Penal**

El 9 de octubre se realizó en nuestra Facultad el Primer Encuentro de Derecho Penal organizado por el actual Curso de Derecho Penal II, a cargo de los profesores señores Jaime Pacheco Quezada y Sergio Muñoz Iturra.

Durante la oportunidad se presentaron 5 exposiciones. La apertura estuvo a cargo de la UDD, con el tema "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal", expuesto por las alumnas Florencia Larenas y Gabriela Bobadilla.

Con posterioridad, presentaron sus trabajos sobre "Crímenes contra la humanidad" y "Violencia contra la mujer en el derecho comparado", los alumnos de la Universidad de Talca señores Mario Campos y Ricardo García.

En tercer lugar, Camila Ahumada, de la UCSC, expuso sobre el tema "La mujer como sujeto activo del delito de violación a la luz de los actuales Códigos Penales", y, para finalizar, se abordó el tema del "Microtráfico y delitos tributarios en la receptación y venta de mercaderías", por Juan Tapia y María Elena di Marco, de la Universidad de Talca.

**Fiscal José Patricio Aravena dictó charla sobre el consumo de drogas**

El Fiscal Adjunto de Concepción expuso a nuestros alumnos sobre el tráfico de drogas, su consumo y la experiencia de la persecución penal.

La actividad, realizada el 29 de septiembre, abordó los aspectos más importantes de la Ley 20.000 sobre consumo de drogas y estupefacientes, cómo ha sido su aplicación por parte de los Juzgados y los criterios adoptados al momento de dictar las sentencias en estos casos. Interesante fue el relato de las situaciones que le ha tocado investigar en su calidad de fiscal. Para finalizar se procedió a un espacio de preguntas y a un debate.

**Seminario de liderazgo en el Cajón del Maipo**

Con la finalidad de resaltar el sello de liderazgo de los alumnos de la UDD, año a año se desarrolla un seminario de crecimiento.

Los alumnos de la Facultad de Derecho Felipe Einersen, Diego Sepúlveda y Mario Sabag tuvieron la oportunidad de participar en actividades que les permitieron potenciar sus cualidades de liderazgo.

El segundo día se reunieron con autoridades y docentes para gestar conversaciones que aportaron –sin lugar a dudas– traspaso de experiencias de vida importantes para el cultivo de las propias.

Canopy, tirolesa, trekking y amenas reuniones formaron parte de el ambiente propicio para que al retorno estos jóvenes hayan crecido un poco más.

### Semana de la Facultad

Con diversas actividades desarrolladas en el mes de octubre, los alumnos de la Facultad celebraron nuestra semana aniversario.

Actividades deportivas, de esparcimiento y hasta un certamen para los profesores fueron algunas de las actividades organizadas por el actual CCAA que preside la alumna de cuarto año Pilar Sandoval Belmar.

Las actividades culminaron con una fiesta de gala, en la que los alumnos tuvieron la oportunidad de compartir con sus profesores en un ambiente de diversión y respeto.

### Alumnos de primer año profundizan conocimientos

Como una manera de integrar conocimientos y complementar sus materias, los alumnos de primer año de la asignatura de Introducción al Derecho tuvieron la oportunidad de asistir a una clase que dictó especialmente para ellos el destacado profesor de Derecho Comercial Sr. Gabriel Rioseco E.

En la oportunidad, el profesor Rioseco pudo exponer a los alumnos las materias relativas a la costumbre jurídica, y en particular sobre el valor de la costumbre en el Derecho Comercial.

## II. Actividades de admisión

Como ya es tradicional, el día sábado 7 de noviembre se realizó la denominada Feria UDD, dirigida a los alumnos de cuarto medio interesados en estudiar algunas de las carreras que imparte nuestra Universidad.

Cada Facultad debe recibir a los alumnos interesados y darles a conocer algún aspecto del ejercicio profesional.

En esta oportunidad un grupo de alumnos de quinto año, que cursan la asignatura de Destrezas en Litigación Oral, a cargo de los profesores Patricio Gómez E. y Eduardo Carrasco B., representaron un juicio oral simulado sobre "Manejo en estado de ebriedad".

## III. Actividades de extensión externa

Con fecha 27 de agosto de 2009, se llevó a cabo el Seminario Responsabilidad Legal en Prácticas de la Salud, dirigido a abogados y profesionales del área de la salud.

En la oportunidad los abogados Ramón Domínguez Águila y Andrés Kuncar Oneto expusieron distintos aspectos sobre la actividad de los profesionales de la salud ante el derecho y la jurisprudencia. Entre los temas que abordaron se destacan los siguientes: deberes actuales de los profesionales de la salud, entre ellos, deber de información y consentimiento informado. La ficha médica, documento indispensable para evaluar la actividad sanitaria. Error, negligencia y responsabilidad de los médicos, de los demás profesionales de la salud y de las clínicas y hospitales, y los seguros de responsabilidad profesional.

## IV. Actividad programas de postgrados

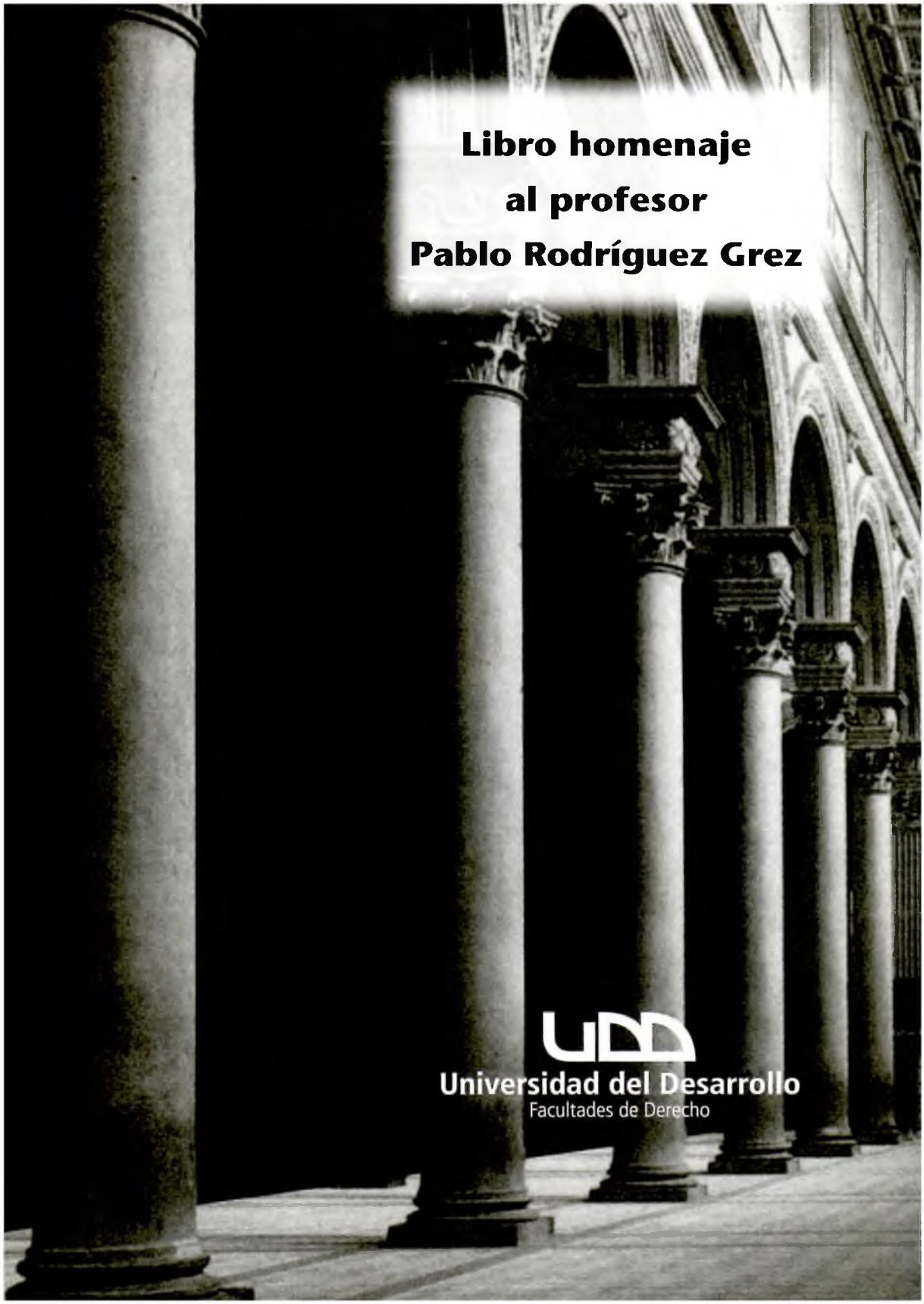
El 3 de abril de 2009 se dio inicio al décimo tercer año académico de los Programas de Postgrados de la Facultad de Derecho de Concepción, coincidiendo con el inicio de la décima versión del Magíster en Derecho de la Empresa.

Además se dictaron diversos programas de postgrado, entre ellos el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa en su versión décima tercera, el Postítulo en Derecho Penal en su tercera versión, seis diplomados y veintiséis cursos de perfeccionamiento jurídico.

Debemos destacar, por otra parte, la inauguración del Postítulo en Derecho Laboral.

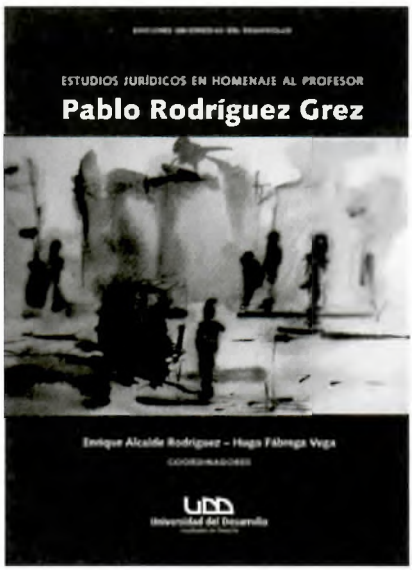
Durante el año 2009 participaron 113 alumnos en los diversos cursos y programas ofrecidos.

En un constante afán por diversificar la oferta académica, que permita a los juristas una formación continua, la Facultad evalúa la posibilidad de dictar el año 2010 un Postítulo en Derecho Tributario, que seguramente concitará gran interés, a raíz de la próxima implementación, en la Octava Región, de los Tribunales Tributarios y Aduaneros.


Libro homenaje
al profesor
Pablo Rodríguez Grez
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

# Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez

**Hugo Fábrega Vega**
Editor de Publicaciones
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO




Conforme a un anhelo encabezado por el profesor Enrique Alcalde Rodríguez, quien coordinó con el suscrito el trabajo, a finales del mes de noviembre de 2009, y en dependencias de nuestra Universidad, tuvo lugar el lanzamiento del libro "*Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez*".

En esta iniciativa colaboraron destacados profesores e investigadores en derecho, quienes ofrecieron sus colaboraciones hasta completar la edición de un volumen de quinientas páginas, que rinde un merecido homenaje a quien ha dirigido nuestra Facultad de Derecho en el decanato por más de diez años.

Quedarse en el reconocimiento académico a don Pablo Rodríguez Grez sólo constituye una de las notables facetas que conforman la destacada personalidad del homenajeado, de la cual dan cuenta el discurso de presentación pronunciado en la ceremonia de lanzamiento del texto, por el profesor Hugo Rosende Alvarez y, por cierto, el discurso de agradecimiento, pronunciado por el profesor Rodríguez Grez, que a continuación ofrecemos.

# Discurso de presentación

**Hugo Rosende Álvarez**
*Director del Departamento de Derecho Privado*
*Facultad de Derecho*
**Universidad del Desarrollo**

**Vocativos:**
Señor Rector de la Universidad del Desarrollo, don Ernesto Silva Bafalluy.
Señor Decano de Derecho, don Pablo Rodríguez Grez.
Señora María Eugenia Varela de Rodríguez, hijos y familiares del homenajeado.
Señor Gonzalo Rioseco Martínez, Decano de Derecho de la Universidad del Desarrollo de Concepción.
Señora Directora de la Carrera, Cecily Halpern Montecino.
Señores ministros de la Excma. Corte Suprema.
Señores ministros del Tribunal Constitucional.
Señores ministros de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago.
Señor Contralor General de la República.
Señores coordinadores Enrique Alcalde Rodríguez y Hugo Fábrega Vega.
Señores profesores que intervinieron con sus artículos en este libro de homenaje.
Señor Mauricio Larraín Garcés, Presidente del Banco Santander Chile.
Señores profesores, profesoras y ayudantes.
Estimados alumnos y alumnas.
Señoras y señores.

## El autor del homenaje

- Don Enrique Alcalde Rodríguez tuvo hace algún tiempo la feliz idea de rendir un homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez, para cuyo efecto procedió a invitar a profesores de distintas universidades a escribir artículos de derecho privado.

- Accedieron a la invitación dieciocho académicos de diferentes planteles de educación superior de nuestro país, cuyos estudios han cristalizado en el libro que presentamos en esta ceremonia.

- Estamos ciertos que son muchos más los que hubiesen deseado intervenir en el homenaje. Sin embargo, hubo que poner un cupo para hacer posible la publicación y con tal propósito se cerraron las inscripciones con las primeras dieciocho respuestas.

  En todo caso, todos ellos deben sentirse plenamente incorporados al espíritu de esta invitación.

## Agradecimientos

- Queremos expresar, desde luego, nuestro agradecimiento a los señores profesores e investigadores que han colaborado con sus estudios jurídicos a este libro de homenaje, como también a los coordinadores de esta obra.

- Asimismo, sean nuestras palabras de gratitud al señor Rector de la Universidad del Desarrollo, don Ernesto Silva Bafalluy, quien dio su plena acogida a la realización de este acto académico.

- También queremos manifestar nuestro reconocimiento a don Mauricio Larraín Garcés, presidente del Banco Santander Chile, por su valiosa ayuda para la publicación de la obra que en esta oportunidad ofrecemos al conocimiento público.

- Finalmente, agradecemos la concurrencia de todos ustedes, porque vuestra presencia realza este acto solemne dedicado a nuestro decano.

## El libro de homenaje

- Se abordan en este libro de homenaje cuatro categorías de temas:

**la primera** trata sobre persona, familia, sucesiones e iglesias y entidades religiosas;

**la segunda** se relaciona con el contrato, su interpretación e integración, la obligación y la responsabilidad;

**la tercera** trata de las figuras contractuales y de la contratación electrónica; y

**la cuarta** versa sobre el espíritu general de la legislación como elemento de la interpretación jurídica.

## Primera sección: persona, familia, sucesiones e iglesias y entidades religiosas.

**Don José Joaquín Ugarte** hace un estudio en defensa de la persona y de la vida desde el momento de la concepción. Su análisis comprende los ámbitos biológicos, filosóficos y jurídicos. En el examen jurídico se estudian e interpretan los preceptos civiles que se ocupan de la persona a partir de las normas de la Constitución Política de la República, que permiten dar sustento a su tesis, entre otras, de que la existencia de la persona humana comienza en la concepción y no al momento del nacimiento, como pudiera desprenderse del texto literal de algunos preceptos del Código Civil.

**Don René Abeliuk** efectúa un enfoque laico acerca de la evolución de la legislación chilena en materia de Derecho de Familia y del Derecho Sucesorio. Por esta razón, formula críticas a lo que él estima una legislación originalmente conservadora sobre estas materias, y que ha evolucionado más intensamente desde el año 1990, particularmente en la filiación y en el término del vínculo matrimonial. Finalmente, propone enmiendas legislativas que privilegien la solución pacífica de los conflictos que plantea el derecho de familia sin que sean obstáculos a tales reformas –en su opinión– las consideraciones ajenas a lo jurídico.

**El profesor Claudio Illanes** explica los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente. Inicialmente, tales derechos consistían en una asignación forzosa denominada porción conyugal, que tenía en sus comienzos un carácter alimenticio, y se concedía al denominado cónyuge pobre. Más tarde pierde esa naturaleza alimenticia por ser compatible la porción conyugal con asignaciones testamentarias que le hubiere hecho el testador al cónyuge sobreviviente. En la actualidad, la porción conyugal está derogada y los derechos del cónyuge constituyen otra asignación forzosa, la legítima conyugal, que lo coloca como un heredero privilegiado en la sucesión del causante.

**Don Fernando Rabat** se refiere a las causas de terminación del matrimonio, esto es, a la muerte real o presunta de alguno de los cónyuges, a la sentencia de nulidad de matrimonio y a la sentencia de divorcio. Se detiene en:

- los conflictos que se presentan en relación a la muerte presunta del desaparecido y el término de su matrimonio;

- en la validez o nulidad del matrimonio celebrado por el cónyuge del muerto presunto cuando reaparece este último, y

- en otras situaciones de interés que se observan en relación con el término del vínculo conyugal.

**El profesor Ambrosio Rodríguez** escribe sobre la "Constitución jurídica de las iglesias y entidades religiosas". Plantea la interrogante de si el Ministerio de Justicia tiene atribuciones para examinar el contenido de la fe religiosa de la entidad que se somete al trámite de reconocimiento, o si, por el contrario, sólo le corresponde velar por el cumplimiento de las formalidades a que está sujeta esa gestión administrativa.

Formula su tesis al respecto e ilustra sobre el estado de la discusión con la jurisprudencia que revisa.

## La segunda sección sobre el contrato, su interpretación e integración, la obligación y la responsabilidad

**Don Jorge Baraona** explica **el decaimiento de la autonomía privada** en:

- los contratos dirigidos (verbigracia, el contrato de trabajo);
- el control de las cláusulas abusivas en el derecho del consumidor;
- la responsabilidad precontractual, o sea, aquella que surge en la formación del consentimiento; y
- en la tendencia a la interpretación objetiva del contrato, y de las formas de integración de las lagunas contractuales.
- Se refiere también al **menoscabo de la escrituración** en las convenciones, producto, en parte, de los avances tecnológicos, y
- al **repliegue de la prueba tasada**, que es sustituida por la apreciación de las probanzas según las reglas de la sana crítica o en conciencia.

**Don Alberto Lyon** formula una tesis nueva acerca de la interpretación e integración del contrato, discrepando de la opinión mayoritaria existente en nuestro país.

Señala que el objetivo de la **interpretación contractual** consiste en buscar o integrar la voluntad de los contratantes a través de: la voluntad sicológica; o de la naturaleza del contrato, o suponiendo la voluntad contractual a partir de lo determinado por la ley o la costumbre.

Da cabida así a la voluntad virtual de los contratantes como una vía de encontrar el consentimiento de las partes, todo ello mediante el empleo de las normas de interpretación del contrato contempladas en el Código Civil.

En la **integración**, señala que a través de ella se completa la voluntad de los contratantes mediante conclusiones lógicas y jurídicas que se extraen de sus propios comportamientos.

**El profesor Víctor Vial del Río** plantea algunos problemas de interpretación en relación con la condición resolutoria y sus efectos.

Reflexiona acerca de:

- la excepción de pago una vez demandada la resolución de un contrato;
- de los efectos del incumplimiento de la obligación previsto en un pacto comisorio;
- de la cláusula de terminación del contrato por decisión unilateral de las partes;
- de la resolución de un contrato por incumplimiento de obligaciones no relevantes;
- de la aplicación de la condición resolutoria tácita a los contratos unilaterales, y
- de la renuncia copulativa de las acciones resolutoria y de cumplimiento del contrato.

**Todas estas materias son de enorme importancia práctica**, abriendo el profesor Vial nuevas visiones sobre ellas, que representan un avance respecto de la opinión dominante tradicionalmente en nuestro medio jurídico.

**Don Germán Subercaseaux** escribe acerca de la obligación contractual, concebida como un comportamiento típico debido por una persona y las circunstancias anómalas en el cumplimiento de los contratos.

Este tema lo aborda reconociendo su origen en la dogmática penal y enriquecida en el ámbito del Derecho Privado por la obra del profesor Rodríguez Grez sobre "La obligación como deber de conducta típica".

**El profesor Marcelo Barrientos** se refiere a la previsibilidad en la indemnización de perjuicios y al caso fortuito en materia contractual. Concluye que la doctrina de la **previsibilidad** de los daños debe ser considerada como una manera de excluir el resarcimiento de ciertos perjuicios.

El estudio del **caso fortuito**, como **eximente del incumplimiento contractual**, se enfoca en que su ocurrencia destruye la relación causal entre el daño

producido y el deudor de la obligación, lo que exime a este último del deber de resarcimiento de los perjuicios sufridos por el acreedor.

**La académica e investigadora Camila Boettiger** aborda el daño moral en Chile.

Formula **categorías** de esta especie de **daños**: en aquellos que se refieren a los derechos de la personalidad y los que constituyen pérdidas de las amenidades de la vida.

Señala que en estos casos **no hay propiamente indemnización** a la víctima, sino que se la compensa a través de una suma de dinero que le permite suplir los daños sufridos mediante otras satisfacciones vinculadas a los placeres de la vida.

Plantea también una **revisión de los criterios** aplicables a esta clase de resarcimiento en nuestro país.

**El profesor Patricio Ignacio Carvajal** escribe sobre las **arras penitenciales y obligacionales** del Código Civil, examinándolas de cara a la Ley sobre Protección de los Derechos del Consumidor; frente a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y en relación a una interesante jurisprudencia referida a un recurso de amparo de una persona sometida a proceso por giro doloso de cheques.

**El Decano y profesor don Hernán Corral Talciani** examina la cláusula penal en la resolución del contrato. Estudia esta materia bajo el prisma de la autonomía privada y como un contrato penal, sin referirlo al enfoque tradicional que ha tenido esta figura jurídica en el derecho civil.

En su opinión el incumplimiento que hace exigible la pena es causal de resolución del contrato con todos sus efectos liberatorios y restitutorios. Agrega que se puede exigir, por regla general, la pena junto con la resolución del contrato, matizando esta respuesta según los distintos tipos de penas contractuales.

## Tercera sección: figuras contractuales y de la suscripción y prueba del contrato electrónico

**Don Pedro Pablo Vergara** se ocupa de la subcontratación en materia civil, la que ha tenido un escaso desarrollo doctrinal en nuestro país, salvo la obra de Pilar Baeza Campos.

Este tema ha tenido un enorme desarrollo en el ámbito laboral, como es el caso del *outsourcing*, con características y fisonomía distintas a las del subcontrato civil.

El trabajo rescata este tema para el Derecho Civil, y explica el autor que no cabe formular una doctrina general sobre esta materia, esbozando algunas particularidades para cada una de las formas de la subcontratación.

**El doctor en derecho y profesor Alejandro Guzmán Brito** se refiere a la nueva Ley N° 20.190, de 2007, sobre prenda sin desplazamiento, que permite, en general, empeñar cosas futuras, y, en especial, inmuebles por adherencia o destinación.

El trabajo del profesor Guzmán estudia, entre otros problemas, aquellos vinculados con la prelación de créditos, derivados, por ejemplo, de la concurrencia de esta clase de prendas con la hipoteca, entre otros aspectos relevantes

**Don Arturo Prado Puga** efectúa un análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión en Chile, clasificándola en **fusión propia**, que se subdivide en fusión por creación y por incorporación, y en **fusión impropia**.

En la **fusión propia** dos o más sociedades se disuelven y sus activos y pasivos se aportan a una nueva sociedad que se crea o son absorbidas por una sociedad ya existente. La **fusión impropia**, en cambio, se produce al disolverse la sociedad anónima por reunirse todas las acciones en una sola mano.

El articulista no advierte diferencias sustanciales entre la fusión propia e impropia frente a la doctrina y jurisprudencia administrativa existentes en el país.

**El profesor Ruperto Pinochet** escribe sobre la "**Suscripción y prueba del contrato electrónico**". Examina los principales medios existentes de otorgamiento del instrumento electrónico y analiza sucintamente la normativa de la Ley 19.799, sobre el documento y la firma electrónica.

Estudia el **valor probatorio** que dicho cuerpo legal otorga a cada una de las formas que puede revestir el documento electrónico reconocido en la ley.

Finalmente, formula diversas consideraciones acerca de los motivos que explican el **retraso en la incorporación** de los instrumentos electrónicos en ciertas áreas del derecho patrio.

En la sección cuarta, **el profesor Enrique Alcalde Rodríguez** explica que el **espíritu general de la legislación** consiste en la razón o finalidad objetiva que persigue el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Distingue este instituto de los **principios generales del derecho**, que son pautas o criterios a que debe ajustarse la conducta o que permite una cierta interpretación jurídica de las normas o de evaluación de los comportamientos de las personas.

Se diferencia también de la **equidad natural**, porque ésta es la última razón del derecho, distinta de la razón o finalidad objetiva de un determinado ordenamiento normativo.

Afirma que el espíritu general de la legislación amplía los horizontes de la inteligencia de las normas, adecuando su aplicación a las nuevas necesidades del tráfico económico y jurídico. Desde este punto de vista es una expresión del creacionismo jurídico, que ha sido uno de los postulados del profesor Pablo Rodríguez en toda su obra jurídica de los últimos dos decenios.

## Elogio al homenajeado

Hace algún tiempo, don Agustín Squella escribió en el diario *El Mercurio* de Santiago acerca de la necesidad de elogiar a las personas, costumbre que es muy poco habitual en nuestro país, donde predomina más bien el espíritu crítico, si no de menosprecio, a los valores o atributos de los demás.

Siguiendo el consejo del profesor Squella, pasaremos revista a algunos de los aspectos del trabajo jurídico y docente del profesor Rodríguez Grez, que justifican nuestro elogio a su labor.

### Las obras jurídicas del homenajeado

Las obras jurídicas de Pablo Rodríguez se dividen en dos períodos:

**El primero**, consiste en dos obras de derecho escritas en los años sesenta:

- su memoria de prueba intitulada "***Estudio crítico de la porción conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada en la legislación chilena***", publicada en el año 1961, y

- "***La relatividad jurídica***", en el año 1965.

**El segundo**, es ciertamente la época en que nuestro homenajeado es muy fecundo, pues desde el año 1990 hasta esta fecha ha publicado numerosos libros jurídicos.

Aborda en este lapso seis grandes temas relacionados con:

- **El Estado de Derecho y la Interpretación Jurídica**; El Derecho como Creación Colectiva; La Estructura Funcional del Derecho, y Sobre el Origen, Funcionamiento y Contenido Valórico del Derecho;

- **La Responsabilidad Civil y los abusos.** Se abordan las instituciones vinculadas a la Responsabilidad Contractual y Extracontractual, al Abuso del Derecho y al Abuso Circunstancial;

- **La Obligación** como Deber de Conducta Típica, y a las Formas Convencionales y No Convencionales de Extinción de las Obligaciones;

- **La ineficacia jurídica.** La Inexistencia y Nulidad de los Actos Jurídicos (Teoría bimembre de la nulidad), y

- **Derecho de familia**. Los regímenes matrimoniales.

- **El Derecho Sucesorio**, los Cinco Tipos de Sucesión por Causa de Muerte.

- Todo ello, sin considerar los numerosos artículos suyos publicados en diversas revistas de derecho y en separatas.

**En verdad, se trata de un hombre que ha leído y trabaja tanto que resulta difícil saber de dónde saca tiempo para escribir, y que escribe tanto que a veces faltan horas del día para leer sus trabajos completos...**

## Actividad como Decano de Derecho, docencia y ejercicio profesional

- No conforme con la abundancia de sus escritos, desde fines de los noventa se ha entregado con intensidad al **Decanato** en esta Casa de Estudios, entre cuyas múltiples actividades de pre y postgrado, se dio el tiempo de fundar la **Revista *Actualidad Jurídica***, donde escribe, y de la que es su Director. La Revista cumplió este año su décimo aniversario de existencia con publicaciones semestrales, continuas, ininterrumpidas y distribuidas con puntualidad en las fechas prefijadas.

- Preside invariablemente los **Exámenes de Licenciatura** de los egresados de derecho, lo que importa un verdadero control de calidad de sus conocimientos, resguardando así la responsabilidad social que le cabe a esta Universidad por los alumnos que egresan de sus aulas.

- Ha impartido **docencia** desde el año 1965 como profesor de Introducción al Estudio del Derecho y desde 1978 como catedrático titular de Derecho Civil en la Universidad de Chile, habiendo sido distinguido por los alumnos como el "Mejor Profesor" en varias oportunidades.

- En ésta, **su nueva Casa de Estudios**, imparte clases en pregrado en la cátedra

de Nociones del Estado de Derecho y enseña en los cursos de postgrado sobre las más diversas materias jurídicas vinculadas al Derecho Civil, siempre aportando nuevos enfoques.

- Finalmente, fue **consejero del Colegio de Abogados** y ha **ejercido la profesión en el foro** en innumerables causas, con singular talento y diligencia durante decenios, lo cual le ha ganado un prestigio profesional reconocido por la unanimidad de sus pares.

**En síntesis**, podemos decir que Pablo Rodríguez es un hombre apasionado en la búsqueda de la verdad, con una notable inquietud por el saber y de inagotable creatividad.

Dotado de un intelecto brillante, no se conforma con sus talentos, sino que los desarrolla con una disciplina tal que le permite alcanzar metas inaccesibles al común de los mortales...

## Corazón bondadoso y grandeza de espíritu

Sin embargo, sería injusto omitir en este resumen la bondad del corazón del Decano, que se manifiesta siempre de manera discreta para que, en lo posible, nadie lo sepa... Soy testigo de ello, y mi testimonio es verdadero...

En su sentido de lealtad y de grandeza de espíritu lo acompaña una mujer excepcional: **María Eugenia Varela de Rodríguez**, quien con sus cualidades de excelencia y con su amor generoso a su marido, a su familia y a todos los que la conocen, ha sido el pilar en que se apoya la vida benéfica de nuestro homenajeado. A ella sea también nuestro cariño y reconocimiento más profundo.

Señor Decano, deseamos hacer extensivo este homenaje a su padre, **don Manuel Rodríguez Valenzuela**, como un reconocimiento póstumo a sus dotes de educador de excelencia. Él supo transmitirle a usted a través del código genético y de su conducta de vida **la pasión por la enseñanza**. Lo sembrado por el progenitor y lo cosechado por el hijo los hace acreedores a este tributo académico.

## Un recuerdo

- Al terminar la presentación de esta obra colectiva escrita por destacados tratadistas y académicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez, permítaseme, señor Rector, hacer un breve recuerdo.

– Poco tiempo antes de su fallecimiento, ocurrido el 5 de diciembre de 1990, mi padre me manifestó con alivio y alegría:

*"Al fin me he desprendido del apego a las cosas materiales"*.

Al año siguiente, en 1991, Pablo Rodríguez publicaba su libro *"De las posesiones inútiles..."*, dedicado a la memoria de mi padre...

Esta coincidencia, que no es casualidad, me lleva a pensar en la situación de la sociedad actual, donde con frecuencia se lucha con denuedo por alcanzar el poder, o acceder a la riqueza, o tener influencia, muchas veces no por una vocación de servicio, sino para satisfacer ambiciones personales o con el afán de ejercer dominio sobre los demás.

Entonces me pregunto:

**¿Cuándo alcanzaremos la virtud del desapego de las posesiones inútiles?**

y

**¿Cuándo nos abriremos a la única posesión por la que tiene sentido vivir: la posesión de Dios por toda la eternidad?**

Señor Decano, formulo votos para que en el momento del encuentro definitivo de nuestras almas con el Señor de la Vida al final de nuestro paso por esta tierra, puedan ellas pronunciar –con desprendimiento de todo lo creado– las palabras del místico poeta:

*"Quedéme y olvidéme,*
*el rostro recliné sobre el Amado,*
*cesó todo y dejéme,*
*dejando mi cuidado*
*entre las azucenas olvidado".*[1]

Muchas gracias.

[1] San Juan de la Cruz, Noche Oscura. Canción del alma, última estrofa.

# Discurso de agradecimiento

**Pablo Rodriguez Grez**
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Queridos amigos:

Quiero comenzar declarando que este injustificado homenaje sólo mide la generosidad de quienes lo han organizado, todos los cuales comparten conmigo el amor por el derecho y la docencia. Me siento, por lo mismo, profundamente halagado y comprometido. No vean en él, sinceramente, otra razón ni otra finalidad. Gracias, muchas gracias, por ser yo beneficiario de sentimientos y virtudes ajenos tan nobles, lamentablemente, cada día más alejados de la convivencia cotidiana. Deseo, también, personalizar este agradecimiento en Enrique Alcalde Rodríguez y Hugo Rosende Álvarez, porque he sabido de sus esfuerzos y de la constancia para llevar a buen puerto esta iniciativa, y en Hugo Fábrega, coordinador de los trabajos y de la edición, y a todos ustedes por acompañarme en esta tarde inolvidable para mí.

No podría agradecer vuestra generosidad sin evocar mi tiempo y mis experiencias, atento a lo que dijo, si mal no recuerdo, Máximo Gorki: "cuando se habla de sí mismo, siempre se miente un poco".

La vida, ese camino tan lleno de misterios, sorpresas y senderos inextricables, me empujó desde muy joven a la Universidad que, no sin razón, ha sido definida como "el templo del saber y la inteligencia". Probablemente, motivado por esa desafiante definición, entré en ella cautivado por su espíritu y la elevada proyección de su tarea. Ha pasado el tiempo rápida e inexorablemente y cada día me siento más solidario con su tarea: la formación de nuevos profesionales, el desarrollo de la ciencia y la trasmisión de la cultura. A ello estamos abocados hoy en esta joven y dinámica Universidad, bajo la dirección de mi amigo y rector Ernesto Silva.

Me he preguntado muchas veces por qué ingresé a estudiar derecho, cuál fue el acicate que me impulsó a hacerlo, sin poner nunca en duda mi vocación. En lo más íntimo de mi ser, creo haber hallado una respuesta, una primera manifestación, que se remonta a mi niñez y que quiero compartir con todos ustedes.

Como ocurría en la mayor parte de los hogares de mi generación, la familia constituía el centro de mi existencia y la fragua en que debía templarse mi carácter. Me enorgullecía el talento de mi padre, que, como profesor de castellano y filosofía, me hizo conocer desde muy joven los secretos de la literatura, la riqueza de la historia y el desafío constante de ejercitar el pensamiento. Paralelamente, la ternura de mi madre cultivaba en mi espíritu de niño esa fuerza interior que se forja al amparo de una palabra, un gesto, una caricia imperceptible, pero que perdura mientras habitamos esta tierra. En mi hogar conocí a los ayudantes de mi padre, entre ellos Jorge Millas y Luis Oyarzún, posteriormente entre los intelectuales más destacados de este país. Así viví mis primeros años, rodeado de libros, en un mundo en que escaseaban los teléfonos domiciliarios, pocas familias disfrutaban de automóvil o de refrigerador, ni siquiera se avizoraba la televisión, y un viaje a la Luna no era más que un sueño descabellado de Julio Verne. Todo ello era sustituido por la conversación, la discusión y el consejo paterno, estampando, en cada uno de nosotros, un sello indeleble que nos identificaría durante la vida toda. Lamentablemente, algo tan valioso se ha debilitado, dejando de ser el hogar un crisol, por efecto del instrumental tecnológico que hoy día nos rodea y la complejidad y velocidad de la modernidad.

Meses antes de ingresar al Internado Nacional Barros Arana, colegio en que estudié mis seis años de humanidades, como se llamaba entonces la enseñanza media, y cuando caminábamos junto a mi padre por el centro de Santiago, divisamos una figura alta, maciza, de tranco largo, que se cruzó a nuestro paso y saludó con una leve inclinación. Entonces mi padre me dijo: "es Arturo Alessandri Rodríguez, hijo del León (aludiendo al apelativo con que se conocía al ex Presidente Arturo Alessandri Palma), un gran abogado civilista, que alega en la Corte Suprema". Comprenderán ustedes el impacto que yo experimenté. Quien jamás me había dicho una sola palabra sobre lo que deseaba para mí en el futuro, del cual me enorgullecía por su inteligencia y su cultura, me manifestaba una cierta admiración por un abogado, un civilista que alegaba ante la Corte Suprema... Estoy seguro que aquello marcó mi interés por la profesión de abogado, profundizó mi deseo de transitar por ese y no otro camino, y constituyó un reto silencioso que acepté sin la menor reticencia. Perdónenme si traigo al recuerdo esta vivencia tan personal, pero con ello quiero demostrar que la juventud define su destino más por el ejemplo que por la imposición, más por la emulación que por la fantasía, más por el amor que por el resentimiento. No olviden que el mensaje más potente nace casi siempre de un gesto simple y a veces silencioso, de una palabra oportuna, de una actitud conciliadora. Muy probablemente la incomunicación actual, que ha traído consigo el desarrollo tecnológico y la premura con que vivimos, bajo la tiranía de la competencia en todo orden de actividades, ha derribado aquellos puentes, construidos con el granito de los sentimientos y la sensibilidad del espíritu.

En este marco ingresé a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Debo confesarles que sentía un atractivo poderoso por la actividad política. Desde los 14 años visitaba asiduamente las tribunas de la Cámara de Diputados y del Senado, en donde hallé repúblicos famosos, grandes oradores, muchos de los cuales exhibían una formación cívica de excepción. Me resulta inolvidable la figura de Raúl Rettig, con quien compartí más estrechamente al cabo de los años; de Fernando Alessandri, que fue posteriormente mi profesor de Derecho Procesal; de Julio Durán, con quien desempeñé mucho tiempo después tareas en el Colegio de Abogados; de Jacobo Schaulsohn, profesor paralelo en la cátedra de Derecho Civil y que hacía, entonces, gala de una rica formación jurídica. La política y el derecho: caminos no siempre compatibles para los estudiantes que aspiran a alcanzar un elevado nivel de conocimientos jurídicos y dedicar parte de su energía intelectual a la docencia universitaria. Ante esta disyuntiva, conscientemente, opté por el derecho, pero no conseguí extirpar del todo mis inquietudes por la vida pública. El destino me depararía sorpresas en este ámbito, que nunca ha dejado de estar presente en lo más profundo de mi espíritu.

Mi vida universitaria fue riquísima, como lo es para la mayor parte de quienes llegan a una casa de estudios superiores con el afán de sacar de ella todo lo que generosamente puede brindarnos. Estaba rodeado de aquello que más me atraía: el debate, la trasmisión de conocimientos, el ejercicio intelectual y, lo más importante, una pléyade de profesores de excelencia. No podría dejar de evocar a Juvenal Hernández Jaque, lleno de anécdotas y de una riqueza cultural propia de quien fuera rector de la Universidad de Chile durante 20 años. A Alberto Baltra Cortés, terco, exigente, severo, íntimamente comprometido con nuestro destino, creador de la Facultad de Economía de la Universidad de Chile y célebre Ministro de Economía en el Gobierno de Gabriel González Videla. A Jaime Eyzaguirre, una de las figuras más cautivantes que he tenido el privilegio de conocer y a quien se escuchaba con devoción, en aulas desbordantes de alumnos, cuando nos hablaba de Bernardo O'Higgins, su trayectoria y su exilio; de los hermanos Carrera y su trágico fin, el sino de los patriotas; de la rebeldía de Santiago Arcos y Francisco Bilbao, o del Presidente Balmaceda y su doloroso sacrificio. A Julio Heise González, y sus inolvidables clases sobre el advenimiento de la "república en forma" y el martirio de su constructor el Ministro Portales. A Jorge Iván Hübner Gallo, y sus geniales reflexiones sobre filosofía del derecho o literatura. A Felipe Herrera Lane, y sus sueños integracionistas, y a tantos otros que omito sólo en razón del tiempo. Todos ellos representaban para mí la imagen viva de la "cultura universitaria", aquello que perdura y deja una huella imborrable en el alma de quienes nos cobijamos bajo el alero de una casa de enseñanza superior.

Después vinieron los años de estudios propiamente jurídicos. Aparecen los maestros que influyeron determinantemente en nuestra formación, nos dieron orientaciones, nos revelaron alternativas y nos ayudaron a escoger las preferencias que se proyectaban en el futuro profesional. No podría dejar de mencionar entre ellos a Fernando Mujica Bezanilla, mi profesor de Derecho Civil. Quizás si sea él quien con más fuerza reforzó mi vocación y mi amor al estudio de esta rama de las ciencias jurídicas. Muchos años después, cuando yo ya había publicado varios libros, me dijo, como si se tratara de un designio: "a quienes me critican por no haber escrito, les respondo que esta deuda la pagan mis alumnos". Al menos para mí, lo reitero, aquello fue un compromiso del cual no me desprendo hasta el día de hoy. Recuerdo que un día, conversando después de clases, nos recomendó un libro. Aquello era poco habitual en él, ya que, aparentemente, todo parecía girar en función del Derecho Civil. Se trataba de "*Los Thibault*", de Roger Martin du Gard, Premio Nobel de Literatura del año 1937, una novela extraordinaria, ambientada en los años de la Primera Guerra Mundial. Esta obra y sus personajes giran en función de los dos estilos más radicales de vida: el idealismo y el pragmatismo; los sueños y la realidad. Dígase lo que se quiera, pero lo cierto es que todos, en mayor o menor medida, hemos transitado entre una y otra experiencia y somos testigos de cómo el idealismo se va diluyendo, a medida que gana terreno el escepticismo, ese monstruo que parece prepararnos para aceptar nuestro propio fin. Es precisamente por esto que gravita sobre cada uno de nosotros la imagen del Quijote, que vivía en un mundo de ensoñaciones, pero que fue capaz de decir "yo sé quién soy" en medio de sus divagaciones, como lo comenta Miguel de Unamuno en una de sus obras más bellas; y, paralelamente, la imagen de Sancho Panza y su sentido práctico, especialmente como gobernador de la ínsula Barataria.

Mis amigos, yo creo que el secreto de la verdadera sabiduría reside en la capacidad de ser "idealista" sin prescindir del "pragmatismo", porque entonces nos transformaríamos en inútiles; y en la capacidad de ser "pragmático", sin perder de vista el "idealismo", porque entonces nos transformaríamos en cínicos y materialistas. Todo aquello, de alguna manera, estaba envuelto, como un mensaje, en aquel libro, comentado al pasar por el profesor Mujica, pero que, ahora, con la proyección del tiempo, más bien resuena como una misión heredada.

Finalmente, mi vida la completa el ejercicio profesional, la docencia universitaria y la literatura jurídica. Tres actividades absorbentes, pero llenas de contenido, plagadas de éxitos y de frustraciones, de triunfos y de desengaños, de luces y de sombras. En el ejercicio profesional aprendí a "consolarme" cuando las decisiones no eran las que yo había propuesto, y a disfrutar los éxitos sin arrogancia ni soberbia. El abogado, en esta materia, sabe mejor que nadie que el triunfo no debe envanecernos ni la derrota humillarnos. Por eso estamos preparados

para celebrar un resultado favorable o para lamentar otro adverso, lograr una solución o desencadenar un problema.

No llevamos los abogados una vida plana ni admite nuestra profesión lo pusilánime ni lo tedioso.

La docencia universitaria proporciona las mayores satisfacciones, porque las ideas, las interpretaciones doctrinarias e, incluso, las teoría propias se comparten y se confrontan libremente, sin ataduras ni compromisos paralizantes, y porque se percibe cómo los estudiantes van ganando en madurez, experiencia y conocimientos. Los profesores envejecen más lentamente, como consecuencia del contacto con la juventud, que exige mantener un ritmo intelectual inalterable que no decrece con el correr de los años.

Por último, la literatura jurídica es otra tarea desafiante. Recuerdo que el año 1990 decidí comenzar a escribir aquello que había pensado y repensado en mis clases y en mi experiencia profesional. Lo hice tímidamente, con un pequeño libro, sobre la teoría de la interpretación jurídica. Este trabajo tuvo dos inconvenientes: una pésima edición, por cierto, financiada por el autor, que delataba una pobreza editorial casi franciscana; y la circunstancia de contener una sola cita, que correspondía a una obra de don Luis Cousiño Mac Iver, una de las inteligencias más preclaras de su generación. Felizmente, gracias a posteriores ediciones de la Editorial Jurídica de Chile, ambos defectos fueron subsanados. Desde entonces, he escrito varios libros que espero me sobrevivan y en los cuales he vaciado mi sed por contribuir al desarrollo y perfeccionamiento del Derecho Civil.

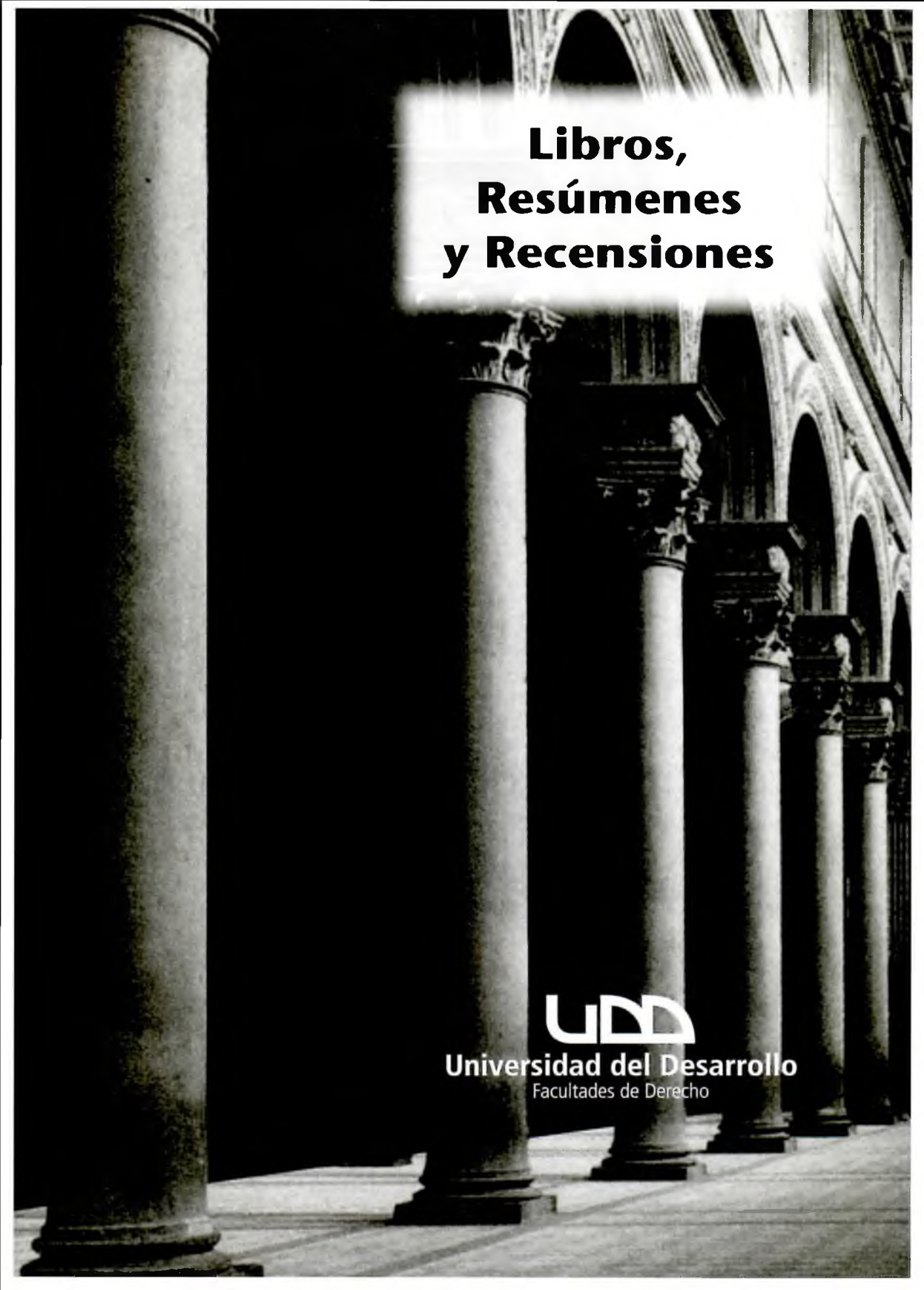
De las tres actividades mencionadas –ejercicio profesional, docencia y literatura jurídica– he aprendido otra lección: siempre debe buscarse aquello para lo cual te sientes llamado, obrar con prudencia, pero sin que ella (la prudencia) te paralice; dedicarte de lleno a cada proyecto, pero sin dejar de mirar el horizonte. Poco o nada se ganaría con el éxito, si no hubiera con quien compartirlo ni un aliado al cual agradecer su contribución al resultado.

Para terminar quiero citar a Rudyard Kiplnig y su poema "*If*", en el cual señala cómo puede su hijo llegar a ser cabalmente "un hombre". Creo que, en gran parte, cada una de aquellas condiciones refleja las aptitudes de un abogado. En parte de esta verdadera oración nos dice: "si cuando dudan todos, fías en tu valor y al mismo tiempo sabes excusar tu flaqueza"; "si sueñas, pero el sueño no se vuelve tu rey", "si el triunfo o la derrota no te imponen su ley, y los tratas lo mismo, como a dos impostores". En estos tres juicios queda grabada a fuego la necesidad de confiar en sí mismo; de ser idealista, pero no dejarse dominar por las fantasías; de valorizar el éxito y el fracaso, como son, dos estados

transitorios que no condicionan ni justifican la existencia. Pero quizás sea otra reflexión la que más hondo cala en mi espíritu. Kipling nos dice: "si todas tus ganancias poniendo en un montón, las arriesgas osado en un golpe de azar y las pierdes, y luego, con renovados bríos, sin hablar de tus pérdidas, vuelves a comenzar". Esa es la fuerza y el carácter con que queremos templar nuestra voluntad, las armas que debemos emplear en la lucha por la vida, la experiencia que anhelamos trasmitir a las nuevas generaciones. Sabemos de nuestras limitaciones, pero visualizamos la meta que nos hemos trazado y obstinadamente no renunciaremos a ella así debamos comenzar una y otra vez.

Cuanto os he dicho explica mi deseo más íntimo: que cuando se acalle mi voz y sólo quede un eco lejano, casi inaudible, de mis pasos por este mundo, quisiera que todos sepan que si volviera a vivir no vacilaría en volver a ser abogado.

Muchas gracias a todos.


Libros,
Resúmenes
y Recensiones
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

# *El Derecho de Quiebras*

De **Rafael Gómez Balmaceda** y **Gonzalo Eyzaguirre Smart**

Editorial Jurídica de Chile, 2009
Primera edición, 258 páginas.

COMENTARIO:

**Rafael Gómez Pinto**
Profesor de Derecho Comercial
UNIVERSIDADES DEL DESARROLLO, DE CHILE Y CENTRAL

Con absoluta modestia y profundo orgullo tengo el agrado de escribir estas líneas tendientes enaltecer el libro sobre "***El Derecho de Quiebras***", cuyos autores son don Rafael Gómez Balmaceda, profesor de Derecho Comercial de las Universidades de Chile y del Desarrollo, y don Gonzalo Eyzaguirre Smart, profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Chile, que ha sido recientemente publicado por la Editorial Jurídica de Chile y que se destaca por constituir una obra que recoge un pensamiento moderno sobre el derecho concursal.

Esta obra está compuesta de 2 volúmenes, comenzando por una primera parte, denominada: "Examen preliminar sobre el derecho de quiebras", que se divide en 6 capítulos, que en síntesis tratan sobre los presupuestos de quiebra, principios, fundamento de insolvencia y cesación de pagos, sus teorías, naturaleza jurídica, evolución histórica, la quiebra como instituto procesal, los sujetos activos y pasivos de la quiebra, las causales aplicables a los acreedores peticionarios y la apertura del juicio concursal.

La segunda parte, se designa: "Efectos de la quiebra", distinguiéndose entre aquellos que son inmediatos, y los demás retroactivos. Seguidamente trata sobre las acciones de reivindicación, resolución y retención en las quiebras, así como de las acciones revocatorias o paulianas concursales, determinación del pasivo a través de la verificación de créditos, su oportunidad y forma

de pago, atendiendo a la prelación de los créditos. Además, se incluye un análisis sobre las funciones de los órganos de la quiebra, entre los cuales se destaca el control supremo y rector que asume el tribunal de la quiebra, la Superintendencia de Quiebras respecto a las funciones de fiscalización de los síndicos en cuanto a la administración y repartos de fondos, los síndicos por cuanto tienen el mandato legal de representar los intereses generales de los acreedores y por supuesto las juntas de acreedores, que deben adoptar acuerdos tendientes a dar impulso al procedimiento de realización de los bienes como son la venta como unidad económica. Especial interés, resalta el rol que asumen los acreedores hipotecarios y prendarios en las quiebras, así como el régimen de incautación e inventario de los bienes, la continuación provisoria y efectiva del giro y los convenios judiciales preventivos y simplemente judiciales, en cuyo análisis se comentan las recientes modificaciones que se le han introducido, entre las cuales destacan el rol del experto facilitador y de los arbitrajes en materia concursal.

En suma, constituye un autorizado tratado de la doctrina y jurisprudencia del derecho concursal. Se destaca, porque en forma clara y precisa trata a fondo una de las materias más complejas de la legislación mercantil, como es el derecho de quiebras, cuya regulación debe conciliar múltiples intereses que gravitan en su desenlace, de orden laboral, comercial, económico, financiero, contable y penal.

Por último, reproduciendo un sentimiento íntimo de las nuevas generaciones de abogados, me permito agradecer a los autores por entregarnos esta obra magnifica que constituye una contribución sabia a la literatura jurídica, de dos juristas cuya trayectoria académica y profesional es digna de elogiar.

# *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

De **Héctor Humeres Noguer**

Decimoctava edición del Tomo I
Editorial Jurídica de Chile
2009

COMENTARIO:

**Dora Yáñez Terán**
Abogado

A continuación ilustro la reciente obra denominada *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, del destacado abogado y profesor don Héctor Humeres Noguer, actual Director del Departamento de Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, cuya decimoctava edición fue ampliada y actualizada respecto del Tomo I, para ser publicada en el mes de agosto de 2009 por la Editorial Jurídica de Chile.

De antemano se debe hacer presente que la decimoctava edición en comento es una obra merecedora, sin duda, de un estudio más acabado, especialmente acorde con los nuevos y exigentes lineamientos alusivos a la Reforma Procesal Laboral, imperante en todo Chile, motivo por el cual pretendo puntualizar algunas ideas que resaltan a primera vista al estudiar esta nueva edición del Tomo I, que lleva por nombre *Derecho individual del trabajo y procedimiento laboral.*

## I. Antecedentes de la obra

Esta obra fue actualizada a agosto del año 2009 en atención a los drásticos y profundos cambios legislativos de nuestra realidad nacional en materia laboral, cambios muchas veces asertivos, otras no tanto, pero que en su conjunto reflejan el espíritu de esta rama del derecho, olvidada por muchos, pero necesaria para todos los obreros de esta disciplina, tales como jueces, abogados, estudiantes, trabajadores, empleadores, sin excepción.

## II. Contenido de la decimoctava edición

Como se señaló, a diferencia de la edición anterior y producto de la reformulación de capítulos enteros, en esta decimoctava edición del Tomo I, denominado *Derecho individual del trabajo y procedimiento laboral,* el autor, en conjunto con la casa editorial, decidieron ampliar y actualizar el precitado tomo en virtud del cual se analizaría en profundidad y actualidad el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, específicamente las nuevas regulaciones sobre la tercerización del trabajo y la tan renombrada Reforma Procesal Laboral que nos ha llevado a la oralidad del juicio, como también la intensa Reforma al Sistema de Pensiones, todas las cuales han resultado en cambios no menores en el servicio de esta disciplina; sin olvidar otras tantas e inminentes transformaciones laborales, motivo suficiente para buscar el tan anhelado equilibrio entre la tradición y la evolución, que facilite divisar el progreso en el futuro.

El nuevo Tomo I, impreso en agosto de 2009, trata del *Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral.* En su primera parte sigue el esquema de ediciones anteriores, motivo por el cual no nos abocaremos mayormente a ella, pues mantiene y rescata el acabado análisis de ediciones anteriores, tales como lo concerniente a los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, por qué conforma una rama independiente de otras ramas del derecho, sus relaciones con otras ciencias sociales, sus principios inspiradores, y su fundamentación filosófica e histórica.

Acto seguido, el estudio abarca nuestro Código del Trabajo, su evolución histórica y el estudio pormenorizado del contrato de trabajo, sus partes, contenido, variantes, reglamentación y terminación. Un aporte, por cierto diferente y propio, a las ediciones de esta obra y que facilita la comprensión de la misma a lo largo de sus diferentes tomos, es la colocación no tan sólo de importantes y numerosos gráficos estadísticos, sino también de numerosa jurisprudencia tanto judicial como administrativa, la cual, por cierto, se encuentra debidamente actualizada a la fecha de su edición. En este sentido, desde ya se rescata el hecho de contar con actualizaciones relevantes y prácticas de la misma hechas con la intención de ilustrar el estudio de esta disciplina del derecho.

A partir del capítulo XXII de este tomo ("De la Jurisdicción Laboral"), se observan profundas e substanciales actualizaciones, partiendo de la génesis de la misma, su recorrido (recordando el antiguo procedimiento y su aplicación en sus diferentes aristas), hasta llegar a la situación actual en Chile (el nuevo procedimiento oral), a partir de la entrada en vigencia fraccionada en regiones de los Nuevos Juzgados de Letras del Trabajo hasta el año 2008 ó 2009, oportunidad en virtud de la cual analiza de manera extensa, transversal y clara los nuevos procedimientos establecidos en la ley en todas y cada una de sus

dimensiones; como asimismo respecto a la debida interpretación, conocimiento, resolución y ejecución de los conflictos sometidos a la competencia de dichos órganos que se dirimen actualmente y bajo los prismas, visiones y posturas vigentes al año 2009.

Hago presente desde ya que gracias al claro tenor de sus afirmaciones, se permite dilucidar con facilidad lo que serían o deberían ser los postulados jurídicos que todo juez o abogado litigante deberían concebir para una ajustada interpretación y aplicación de la ley.

En este sentido, y siendo testigo de la Reforma Laboral (ya implementada en todo Chile), podemos observar los primarios problemas de la Reforma Laboral, y que el profesor Humeres, de manera clara, visionaria y destacada, adelanta, ya sea tácita o expresamente. A modo ejemplar, se trae a colación la prueba ilícita, que recogiendo sus propios dichos reza *"(...) abre un amplio cambio en la materia, bastante inexplorado en Chile en la parte laboral, siendo su aplicación de efectos muy vastos e importantes (....) El punto central en esta materia radica en las denominadas "Garantías Fundamentales"*;[1] tácitamente *respecto a la impugnación y su oportunidad para ejercerla"(....) establece que la impugnación de la prueba instrumental acompañada puede hacerse tanto en la Audiencia Preparatoria como en ésta de Juicio"*. Por último, termina este tomo con un cuadro estadístico con todos los proyectos de ley actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional relativos al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (al 30 de diciembre de 2008), herramienta que agradece sobremanera el lector siempre interesado en los constantes cambios normativos en la materia.

No es fácil poder resumir el contenido de este tomo actualizado, al igual que ediciones anteriores, pues esta nueva edición conserva todos y cada uno de los acápites anteriores en lo que fuese pertinente, con el adicional de importantes y determinadas actualizaciones que, como ya dijimos, todo buen abogado debe tener, pudiendo atesorar el lector doctrina, jurisprudencia y normativa. Por tal motivo, celebramos este estupendo aporte jurídico que de esta materia se hace.

Para terminar, y haciendo mías las palabras de otro abogado y editor, no podemos *olvidar la dedicación y esfuerzo que el autor hace en la actualización de esta obra, quizás impulsado por su amor al derecho y por la responsabilidad de ser el brillante continuador de su padre, donde sus numerosas actividades no solo académicas o de representativas de organismos como la OIT, sino también como asesor en materias jurídicas y legislativas, gremiales (a partir de este año como*

[1] *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, de Héctor Humeres Noguer. Decimoctava edición del Tomo I. Editorial Jurídica de Chile 2009, pp. 434.

*consejero del Colegio de Abogados), y de servicio público (como abogado integrante en la Corte de Apelaciones de Santiago), hacen que del profesor Humeres uno vea reflejado todo aquello por lo cual el derecho sigue siendo una herramienta indispensable para la paz social y el logro de los valores de importancia no tan solo temporales, sino espirituales.*

# Índice Revista Ius Publicum N° 23 / 2009
## Escuela de Derecho
## Universidad Santo Tomás

### ESTUDIOS

**María de Todos los Santos de Lezica**: *La doctrina de la Geometría Legal en el pensamiento de Francesco Gentile*
**Sebastián Contreras Aguirre**: *Sobre la naturaleza y la normatividad de la naturaleza. Aproximaciones al problema de la physis en el iusnaturalismo aristotélico-tomista*
**Max Silva Abbott**: *La Tavola rotonda sul positivismo giuridico*
**Gustavo Cuevas Farren**: *Análisis del artículo 8° de la Constitución Política sobre probidad, publicidad y transparencia*
**Iván Aróstica Maldonado**: *Terrorismo: un problema de inteligencia*
**Eduardo Soto Klöss**: *Lo que dice la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la nulidad de derecho público de los actos administrativos*
**Eugenio Pérez de Francisco**: *Opereta jurisdiccional en el Índico*

### CRÓNICA

**Jesús Ginés Ortega**: *Reflexiones éticas*
**Gonzalo Rojas Sánchez**: *Reflexiones fuertes*
**María Esther Gómez de Pedro**: *Reflexiones tomistas*
**Gonzalo Vial**: *Crisis moral y política*
**Luis Larraín**: *Vivir del Estado*
**Marcelo Elissalde Martel**: *Ernesto Che Guevara: un mito*
**Luis Losada Pescador**: *Honduras, un caso ejemplar de desinformación*
**Acción Familia**: *Aborto, otra vez*

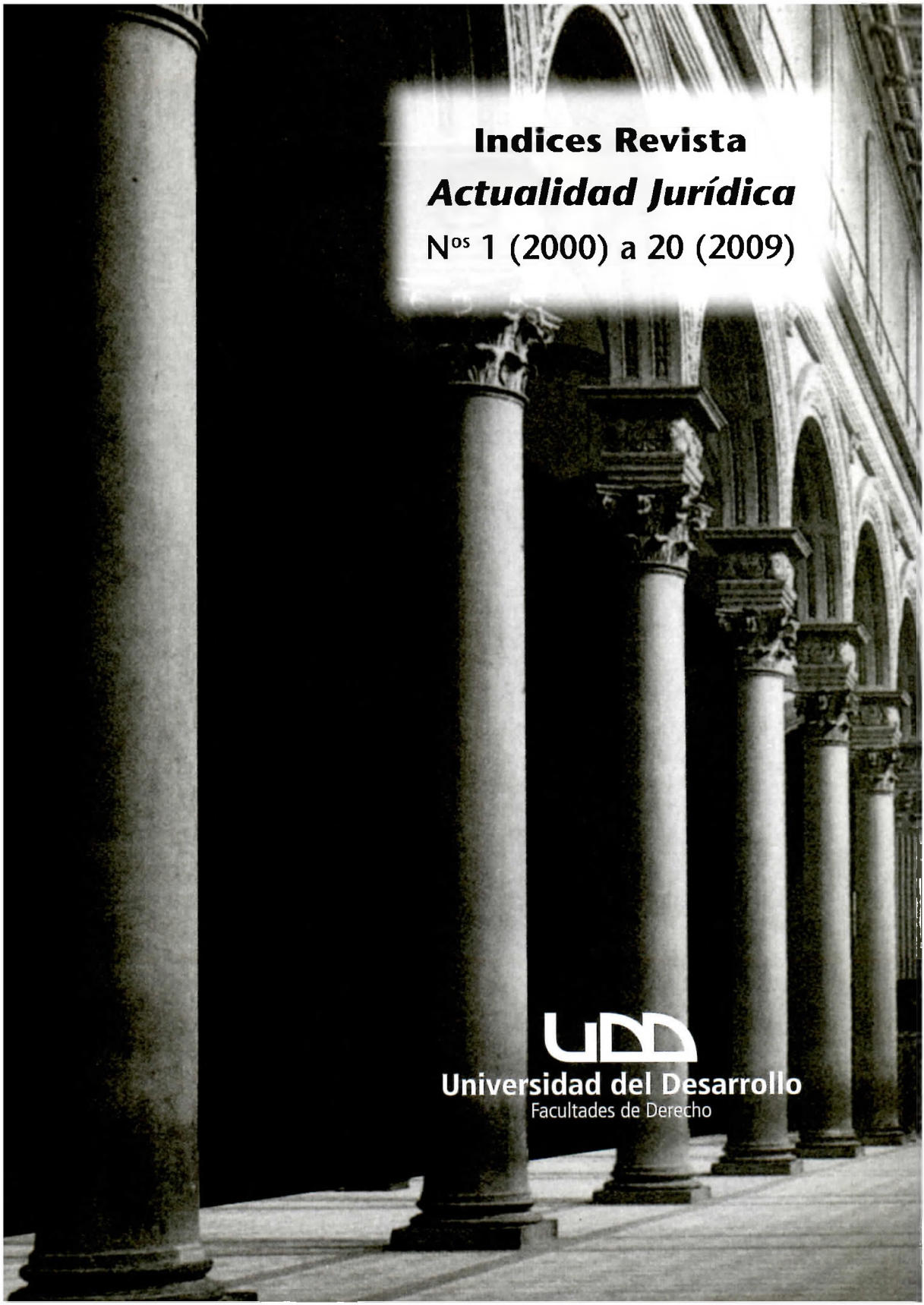
### DOCUMENTOS

**SS. Benedicto XVI**: *Discurso a los participantes en un congreso sobre el tema "Confianza en la razón" con motivo del X aniversario de la encíclica Fides et ratio – Discurso a los participantes en la asamblea ordinaria de la Academia Pontificia para la Vida – Discurso a los miembros de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales – Discurso a los participantes en el primer Encuentro europeo de estudiantes universitarios – La caridad es la vía maestra de la Doctrina Social de la Iglesia*
**G. M. Vian**: *La leyenda negra sobre Pío XII*
**Cristóbal Orrego**: *Pío XII, defensor de los judíos*

### JURISPRUDENCIA

**Contraloría General de la República**. *16.6.2009. Dictamen N° 031356. Sobre prestaciones municipales de salud que se indican y sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional*
**Corte Suprema**. *16.4.2009. Cuasidelito de homicidio - Persona que está por nacer*
**Corte Suprema**. *27.5.2009. Responsabilidad municipal. Falta de servicio (omisión de señalización)*
**Corte de Apelaciones de Santiago**. *25.6.2009. Responsabilidad de Servicio de Salud (muerte por intoxicación alimentaria)*

### RESEÑA DE LIBROS Y RESEÑA DE REVISTAS



# Indices Revista
# *Actualidad Jurídica*
## Nos 1 (2000) a 20 (2009)

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

# Índice de la Revista *Actualidad Jurídica*, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago

## Números 1 (2000) a 20 (2009)

**Eduardo Andrades Rivas**
Profesor Titular de Historia del Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

### Presentación

*"Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Intervienen en ella tanto la Facultad de Santiago como la de Concepción, ciudad esta última en que nació nuestra casa de estudios"* ***(Prof. Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Sede Santiago).***

La revista tiene carácter misceláneo, pero cada uno de sus números dedica uno o más dossieres a algunos temas centrales predefinidos por su Consejo Editorial.

### Periodicidad

*Actualidad Jurídica* es una publicación semestral que se edita en Enero y Julio de cada año, caracterizada por la rigurosidad en las fechas de su cierre editorial y publicación.

### Autoridades responsables

**DIRECTOR:** Profesor **Pablo Rodríguez Grez,** Decano de la Facultad de Derecho, sede Santiago.
**EDITOR**: Profesor Sr. **Hugo Fábrega Vega**
**REPRESENTANTE LEGAL: Ernesto Silva Bafalluy,** Rector de la Universidad del Desarrollo.

### Consejo Editorial

Éste órgano científico tiene a su cargo el estudio, evaluación y selección de las colaboraciones destinadas a publicarse, como, asimismo, la determinación del tema central de cada número de la Revista. Sus integrantes son:

**Presidente:** Profesor **Gonzalo Rioseco Martínez,** Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Casa Central Concepción.
Integrantes:
Prof. Bruno Caprile Biermann.
Prof. José Díaz de Valdés Juliá
Prof. Cecily Halpern Montecino.
Prof. Mario Rojas Sepúlveda.
Prof. Hugo Rosende Álvarez.

**Índice de la Revista**
En formatos por materias y por autor, se encuentra a disposición del público interesado en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad, Casa Central Concepción:
**http://www.udd.cl/prontus_facultades/site/artic/20070726/asocfile/indice_de_la_revista_actualidad_juridica_n__20.doc**
Haciendo click en "Índice de la Revista Actualidad Jurídica".

**Recepción de colaboraciones académicas**
*Actualidad Jurídica* está abierta a recibir colaboraciones académicas de los profesores y especialistas en las distintas áreas del estudio jurídico. Dichos aportes pueden ser dirigidos a:
CONCEPCIÓN: Prof. Bruno Caprile Biermann
SANTIAGO: Prof. Sr. Hugo Fábrega Vega
Una vez que el estudio o artículo sea publicado en la Revista, el autor recibirá un ejemplar del número correspondiente en forma gratuita.

Los originales de las comunicaciones remitidas a la revista no serán devueltos a los autores.

**ISSN** N° 0717-5914

**Ventas y Suscripciones**

Informaciones sobre venta de ejemplares atrasados puede obtenerse mandando un correo, fax o email a **Ediciones Universidad del Desarrollo**:

CONCEPCIÓN: Ainavillo N° 456, Fono 56-41-2268690, Fax 56-41-268669, Email: cferrando@udd.cl

SANTIAGO: Avda. La Plaza N° 700, Fono 56-2-2999271, Fax 56-2-2999271, Email: bsepulveda@udd.cl

Las solicitudes de suscripción pueden dirigirse remitiendo el formulario pertinente a **Ediciones Universidad del Desarrollo** a las direcciones indicadas.

# ÍNDICE GENERAL

## I. ÍNDICE POR MATERIAS

A. ESTUDIOS

**1. Historia y Filosofía del Derecho**
1) Derecho Romano
2) Historia del Derecho Europeo
3) Historia del Derecho Indiano
4) Historia de los Derechos Indígenas
5) Historia de los Derechos Patrios Hispanoamericanos
6) Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile
7) Historia del Pensamiento Jurídico
8) Introducción al Derecho
9) Filosofía del Derecho
10) Pensamiento Jurídico
11) Enseñanza del Derecho

**2. Derecho Público**
1) Derecho Político
2) Derecho Constitucional
3) Derecho Administrativo
4) Derecho Internacional Público
5) Derecho del Medio Ambiente
6) Derecho Penal

**3. Derecho Privado**
1) Derecho Civil
2) Derecho Comercial
3) Derecho Minero
4) Derecho de Aguas
5) Derecho Urbano
6) Derecho Informático
7) Derecho Internacional Privado

**4. Derecho Procesal**
1) Derecho Procesal Orgánico
2) Derecho Procesal Civil
3) Derecho Procesal Penal

**5. Derecho Económico y Tributario**

**6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**
1) Derecho del Trabajo General
2) Derecho del Trabajo Individual
3) Derecho Colectivo del Trabajo
4) Derecho Procesal Laboral
5) Seguridad Social

B. VIDA ACADÉMICA

C. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

D. RECENSIONES, PUBLICACIONES E ÍNDICES

E. SEPARATAS

F. SEMBLANZAS Y HOMENAJES

## II. ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES

SIGLAS:
(CJ) Comentario de Jurisprudencia
(R) Recensión
(S) Separata
(VA) Vida Académica

# I. Índice por Materias de la "Revista Actualidad Jurídica"

## A. ESTUDIOS

### 1. Historia y Filosofía del Derecho

**1) Derecho Romano**

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones,* N° 3, 2001, 123.

MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del* pater *por los delitos cometidos por sus dependientes,* N° 7, 2003, 83.

SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana,* N° 9, 2004, 71.

**2) Historia Del Derecho Europeo**

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas,* N° 13, 2006, 371.

**3) Historia Del Derecho Indiano**

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias,* N° 16, 2007, 89.

CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa,* N° 3, 2001, 309.

CATTAN ATALA, Ángela y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano,* N° 2, 2000, 151.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano,* N° 3, 2001, 95.

**4) Historia de los derechos indígenas**

**5) Historia de los derechos patrios hispanoamericanos**

**6) Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile**

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924),* N° 11, 2005, 181.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Constitucionalismo chileno y su evolución,* N° 20, 2009, 547.

DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX,* N° 14, 2006, 255.

GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973,* N° 6, 2002, 340.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil),* N° 8, 2003, 165.

**7) Historia del Pensamiento Jurídico**

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales,* N° 9, 2004, 143.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum,* N° 13, 2006, 343.

**8) Introducción al Derecho**

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno,* N° 9, 2004, 273.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor),* N° 6, 2002, 367.

**9) Filosofía del Derecho**

ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica,* N° 3, 2001, 159.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno,* N° 16, 2007, 143.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira,* N° 10, 2004, 69.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Hobbes, precursor del estado laico,* N° 19, 2009, 423.

BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia,* N° 10, 2004, 79.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado,* N° 7, 2003, 211.

GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica,* N° 3, 2001, 149.

MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores,* N° 10, 2004, 27.

QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls,* N° 18, 2008, 371.

RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas,* N° 17, 2008, 433.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?,* N° 10, 2004, 13.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional),* N° 6, 2002, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento,* N° 9, 2004, 175.

ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico,* N° 6, 2002, 45.

SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio,* N° 12, 2005, 177.

SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación,* N° 10, 2004, 83.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?,* N° 6, 2002, 13.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje,* N° 7, 2003, 263.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino,* N° 3, 2001, 135.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo,* N° 1, 2000, 95.

**10) Pensamiento Jurídico**

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso,* N° 3, 2001, 21.

BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados,* N° 8, 2003, 327.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común,* N° 18, 2008, 395.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato,* N° 16, 2007, 65.

CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales,* N° 4, 2001, 257.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho,* N° 3, 2001, 233.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado,* N° 16, 2007, 23.

DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados,* N° 14, 2006, 55.
MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado,* N° 16, 2007, 75.
PAUL DÍAZ, Álvaro y SOTO VELASCO, Sebastián, *Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes,* N° 19, 2009, 585.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses,* N° 16, 2007, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años,* N° 10, 2004.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia,* N° 5, 2002, 345.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses),* N° 16, 2007, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación* (del tema *Principales reformas jurídicas del decenio*), N° 20, 2009, 5.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho, de Pablo Rodríguez Grez, discurso de presentación,* N° 5, 2002, 329.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La interpretación judicial de la ley,* N° 17, 2008, 89.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España,* N° 16, 2007, 51.

#### 11) Enseñanza del Derecho

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica,* N° 6, 2002, 27.
ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética,* N° 6, 2002, 63.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas,* N° 19, 2009, 579.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?,* N° 2, 2000, 127.
CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano,* N° 5, 2002, 317.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho,* N° 2, 2000, 117.

## 2. Derecho Público

#### 1) Derecho Político

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset,* N° 11, 2005, 273.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo,* N° 20, 2009, 649.
DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales,* N° 4, 2001, 317.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho,* N° 11, 2005, 47.
ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial,* N° 11, 2005, 39.
TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía:* N° 1, 2000, 161.

#### 2) Derecho Constitucional

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová,* N° 19, 2009, 615.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico,* N° 4, 2001, 77.
ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *El convenio 169 y el código de conducta responsable. Una primera aproximación crítica,* N° 20, 2009, 789.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley reservada del Cobre. Visión jurídica y política*, N° 16, 2007, 331.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital*, N° 4, 2001, 189.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanessa, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?*, N° 18, 2008, 23.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos*, N° 15, 2006, 261.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano)*, N° 18, 2008, 219.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80*, N° 4, 2001, 173.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.

BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 131.

BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, N° 12, 2005, 29.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 223.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, N° 13, 2006, 97.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, N° 10, 2004, 117.

CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, N° 20, 2009, 635.

CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos*, N° 17, 2008, 165.

CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico*, N° 10, 2004, 43.

CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial*, N° 11, 2005, 25.

CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después*, N° 4, 2001, 241.

CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998*, N° 6, 2002, 75.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena*, N° 4, 2001, 211.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 137.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional*, N° 13, 3006, 43.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público*, N° 2, 2000, 165.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, N° 1, 2000, 117.

DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, N° 18, 2008, 55.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos"*, N° 18, 2008, 69.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, N° 20, 2009, 35.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, N° 17, 2008, 163.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, N° 17, 2008, 195.
DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.
FELIU SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.
FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, N° 17, 2008, 175.
HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.
MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.
PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena*, N° 3, 2001, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación)*, N° 4, 2001, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo*, N° 4, 2001, 11.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema fallo del Tribunal Constitucional, sobre la llamada "píldora del día después")*, N° 18, 2008, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Independencia del Poder Judicial)*, N° 11, 2005, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050)*, N° 13, 2006, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?*, N° 4, 2001, 199.
SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional*, N° 3, 2001, 51.
SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Introducción a la Economía Política Constitucional*, N° 18, 2008, 189.
SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?*, N° 15, 2007, 161.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, N° 16, 2007, 203.
VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inconstitucionalidad por omisión del legislador*, N° 19, 2009, 373.
VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, N° 18, 2008, 247.
VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, N° 20, 2009, 597.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.

**3) Derecho Administrativo**

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros*, N° 20, 2009, 569.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy*, N° 16, 2007, 127.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 20, 2009, 577.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística*, N° 19, 2009, 309.

BRAVO ROJAS, Mauricio y SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009*, N° 20, 2009, 11.

CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública*, N° 7, 2003, 437.

CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, N° 7, 2003, 425.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación*, N° 6, 2002, 217.

DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.

ENTELCHE ROSALES, Nicolás, *La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, N° 17, 2008, 293.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, N° 19, 2009, 327.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)*, N° 8, 2003, 273.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación*, N° 14, 2006, 161.

MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado*, N° 9, 2004, 187.

REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, N° 3, 2001, 319.

SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial*, N° 3, 2001, 303.

SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad*, N° 7, 2003, 183.

**4) Derecho Internacional Público**

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena,* N° 2, 2000, 33.

ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?,* N° 8, 2003, 31.

BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico,* N° 3, 2001, 275.

BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario,* N° 15, 2007, 203.

CAMPUSANO, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis,* N° 8, 2003, 15.

CAMPUSANO, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile,* N° 2, 2000, 55.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas. La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional. Puntos de Vista,* N° 1, 2000, 7.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno,* N° 2, 2000, 23.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional,* N° 6, 2002, 155.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú,* N° 10, 2004, 199.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional,* N° 8, 2003, 49.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional,* N° 3, 2001, 87.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales,* N° 6, 2002, 147.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión,* N° 4, 2001, 351.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo,* N° 8, 2003, 57.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V., Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores,* N° 1, 2000, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central,* N° 2, 2000, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley,* N° 1, 2000, 47.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?,* N° 8, 2003, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema, la crisis del derecho internacional),* N° 8, 2003, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal,* N° 2, 2000, 9.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad,* N° 1, 2000, 55.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público,* N° 11, 2005, 281.

**5) Derecho del Medio Ambiente**

CAMPUSANO, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera,* N° 4, 2001, 277.

CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay,* N° 14, 2006, 179.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC,* N° 19, 2009, 651.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable,* N° 16, 2007, 171.

#### 6) Derecho Penal

BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales,* N° 6, 2002, 35.

BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes,* N° 16, 2007, 107.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno,* N° 7, 2003, 359.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley N° 20.253 en materia de reincidencia,* N° 18, 2008, 491.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?,* N° 14, 2006, 219.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009),* N° 20, 2009, 347.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN,* N° 11, 2005, 139.

MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles,* N° 16, 2007, 291.

MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible,* N° 10, 2004, 223.

NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del* ius puniendi *estatal y la expansión del derecho penal,* N° 15, 2007, 191.

NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa,* N° 18, 2008, 431.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad,* N° 8, 2003, 309.

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia,* N° 17, 2008, 273.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción,* N° 11, 2005, 87.

## 3. Derecho Privado

#### 1) Derecho Civil

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido,* N° 8, 2003, 69.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos,* N° 17, 2008, 243.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración,* N° 1, 2000, 183.

ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana,* N° 9, 2004, 65.

AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad,* N° 7, 2003, 105.

BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho,* N° 7, 2003, 293.

CAMPUSANO, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada,* N° 7, 2003, 339.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución),* N° 8, 2003, 95.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión,* N° 15, 2007, 141.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados,* N° 20, 2009, 509.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile,* Separata N° 16, 2007, 53.
CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos,* N° 5, 2002, 255.
CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil,* N° 15, 2007, 125.
CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *El matrimonio entre personas del mismo sexo,* N° 18, 2008, 205.
CRUCHAGA GANDARILLAS, Ángel, *Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil,* N° 19, 2009, 43.
CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial,* N° 7, 2003, 241.
CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud,* N° 3, 2001, 169.
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios,* N° 12, 2005, 65.
DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla,* Separata N° 16, 2007, 35.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil,* N° 2, 2000, 327.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil,* N° 15, 2007, 83.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585,* N° 1, 2000, 233.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno,* Separata N° 16, 2007, 7.
DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?,* N° 2, 2000, 347.
FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?,* N° 9, 2004, 31.
GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces,* N° 18, 2008, 333.
GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad,* N° 19, 2009, 25.
GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio,* N° 14, 2006, 201.
HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado,* N° 19, 2009, 139.
LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190,* N° 17, 2008, 403.
MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano,* Separata N° 16, 2007, 17.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano,* N° 13, 2006, 209.
MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual,* N° 11, 2005, 213.
MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia,* Separata N° 16, 2007, 89.
MIHOVILOVIC BONARDI, Ariel, *Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura,* N° 19, 2009, 535.
MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos,* N° 10, 2004, 151.
MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena,* N° 9, 2004, 111.
MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual,* N° 6, 2002, 163.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas,* N° 9, 2004, 371.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?,* N° 10, 2004, 287.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar,* N° 14, 2006, 215.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia,* N° 11, 2005, 267.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello,* N° 12, 2005, 99.
PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva,* N° 7, 2003, 385.
PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión,* N° 13, 2006, 245.
PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva,* N° 2, 2000, 299.
PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?,* N° 9, 2004, 25.
PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno,* Separata N° 16, 2007, 113.
PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino,* Separata N° 16, 2007, 73.
PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto",* N° 11, 2005, 255.
PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil,* N° 18, 2008, 299.
RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos,* N° 6, 2002, 305.
RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido,* N° 10, 2004, 295.
RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno,* Separata N° 16, 2007, 13.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abuso circunstancial y laguna legal*, N° 19, 2009, 79.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 299.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil*, N° 12, 2005, 189.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia*, N° 13, 2006, 117.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales*, N° 1, 2000, 193.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*, N° 7, 2003, 219.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias*, N° 20, 2009, 365.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular*, N° 9, 2004, 11.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pacta sunt servanda*, N° 18, 2008, 107.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular)*, N° 9, 2004, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad profesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional*, N° 19, 2009, 9.
RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación*, N° 13, 2006, 137.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado*, N° 5, 2002, 163.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación*, N° 1, 2000, 259.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual*, N° 2, 2000, 277.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia*, N° 20, 2009, 195.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos*, N° 9, 2004, 131.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia*, N° 11, 2005, 53.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos*, N° 8, 2003, 171.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad*, N° 1, 2000, 133.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?*, N° 10, 2004, 55.
SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato de opción*, N° 17, 2008, 351.
SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato swap*, N° 18, 2008, 413.
SCHMIDT HOTT, Claudia, *Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad*, N° 20, 2009, 483.
SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?*, N° 9, 2004, 83.
TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.

TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "concurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara N° 16, 2007, 65.
UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.
VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.
VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.
VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza*, N° 20, 2009, 445.
VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral*, N° 2, 2000, 177.
VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvención*, N° 6, 2002, 327.
VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado*, N° 19, 2009, 33.

**2) Derecho Comercial**

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*, N° 16, 2007, 115.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima*, N° 2, 2000, 233.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado*, N° 14, 2006, 117.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales*, N° 6, 2002, 203.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima*, N° 5, 2002, 243.
CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile*, N° 3, 2001, 243.
CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva*, N° 2, 2000, 253.
CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaria chilena a tratados internacionales*, N° 2, 2000, 81.
FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.
GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima*, N° 20, 2009, 741.
GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado*, N° 7, 2003, 129.
GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias*, N° 16, 2007, 299.
GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas*, N° 19, 2009, 263.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca,* N° 17, 2008, 371.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra,* N° 9, 2004, 225.
OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México,* N° 17, 2008, 385.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho,* N° 7, 2003, 325.
PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink,* N° 8, 2003, 249.
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas,* N° 12, 2005, 145.
RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura,* N° 12, 2005, 123.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas,* N° 5, 2002, 275.
SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada,* N° 8, 2003, 123.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada,* N° 8, 2003, 143.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio,* N° 9, 2004, 235.

**3) Derecho Minero**

**4) Derecho de Aguas**

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de agues subterráneas en Chile,* N° 18, 2008, 259.
MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas,* N° 3, 2001, 285.
MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas,* N° 11, 2005, 231.

**5) Derecho urbano**

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena,* N° 4, 2001, 393.

**6) Derecho Informático**

PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet,* N° 2, 2000, 265.
SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet,* N° 7, 2003, 201.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático,* N° 10, 2004, 175.

**7) Derecho Internacional Privado**

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena,* N° 9, 2004, 111.

## 4. Derecho Procesal

### 1) Derecho Procesal Orgánico

BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia,* N° 14, 2006, 43.
CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso,* N° 15, 2007, 19.
DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción,* N° 1, 2000, 99.
GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas,* N° 20, 2009, 81.
GARCÍA ODGERS, Ramón, *Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento,* N° 17, 2008, 75.
MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el poder judicial,* N° 15, 2007, 21.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez,* N° 19, 2009, 397.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?,* N° 12, 2005, 25.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT),* N° 7, 2003, 317.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?,* N° 12, 2005, 11.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural,* N° 17, 2008, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?,* N° 14, 2006, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia),* N° 12, 2005, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial),* N° 17, 2008, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial),* N° 14, 2006, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna Generacional),* N° 15, 2007, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional,* N° 15, 2007, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema,* N° 20, 2009, 71.

### 2) Derecho Procesal Civil

ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo,* N° 5, 2002, 91.
CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos,* N° 8, 2003, 195.
KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio,* N° 5, 2002, 79.
LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral,* N° 20, 2009, 541.
NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo,* N° 17, 2008, 29.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia,* N° 13, 2006, 233.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia,* N° 10, 2004, 167.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal,* N° 5, 2002, 99.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil,* N° 17, 2008, 49.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal* (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.), N° 18, 2008, 239.
ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 47.
OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia,* N° 14, 2006, 25.

PECCHI CROCE, Carlos, y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 25.
RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?,* N° 5, 2002, 109.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil,* N° 5, 2002, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: Reforma procesal civil),* N° 5, 2002, 7.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil,* N° 20, 2009, 143.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda,* N° 15, 2007, 41.
ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno,* N° 20, 2009, 163.
TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación,* N° 5, 2002, 53.
VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez,* N° 5, 2002, 349.

**3) Derecho Procesal Penal**

CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile,* N° 3, 2001, 225.
CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile,* N° 19, 2009, 403.
FIEGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal,* N° 17, 2008, 59.
MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares,* N° 18, 2008, 473.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso,* N° 3, 2001, 69.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal,* N° 2, 2000, 131.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil,* N° 15, 2007, 181.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad,* N° 11, 2005, 245.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?,* N° 6, 2002, 295.
PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal,* N° 11, 2005, 119.
PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 47.
PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes,* N° 2, 2000, 401.
POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal,* N° 7, 2003, 61.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La Reforma Procesal Penal),* N° 7, 2003, 7.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 13.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal,* N° 12, 2005, 47.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral,* N° 9, 2004, 207.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 265.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 227.
SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal,* N° 10, 2004, 133.
TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos,* N° 19, 2009, 127.
TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal,* N° 20, 2009, 127.

## 5. Derecho Económico y Tributario

BLANCHE REYES, Cristián, *Diez años de reformas tributarias,* N° 20, 2009, 237.
BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis,* N° 13, 2006, 267.
CAMPUSANO, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos,* N° 12, 2005, 161.
CAMPUSANO, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre,* N° 3, 2001, 207.
CAMPUSANO, Raúl F., y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea,* N° 10, 2005, 155.
CAMPUSANO, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate,* N° 17, 2008, 453.
CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos,* N° 9, 2004, 355.
CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio,* N° 10, 2004, 267.
CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado,* N° 15, 2007, 219.
CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno,* N° 10, 2004, 209.
CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados,* N° 1, 2000, 89.
DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria,* N° 2, 2000, 189.
DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones,* N° 8, 2003, 241.
FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia,* N° 5, 2002, 187.
FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria,* N° 5, 2002, 123.
FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal,* N° 20, 2009, 801.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura,* N° 13, 2006, 275.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?,* N° 9, 2004, 349.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario,* N° 5, 2002, 143.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria,* N° 2, 2000, 211.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria,* N° 9, 2004.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios,* N° 14, 2006, 285.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?*, N° 11, 2005, 175.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica*, N° 17, 2008, 257.
JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, N° 16, 2007, 391.
JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
JUPPET EWING, María Fernanda, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia*, N° 20, 2009, 759.
JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas*, N° 19, 2009, 513.
MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario*, N° 7, 2003, 173.
PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*, N° 18, 2008, 539.
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 16, 2007, 247.
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 17, 2000, 315.
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*, N° 20, 2009, 297.
UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, N° 8, 2003, 227.
UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 129.
UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, N° 18, 2008, 499.

## 6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

### 1) Derecho del Trabajo General

CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo*, N° 4, 2001, 271.
GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica*, N° 13, 2006, 315.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile*, N° 2, 2000, 103.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo*, N° 1, 2000, 177.
HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009*, N° 20, 2009, 215.
THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.

**2) Derecho del Trabajo Individual**

FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones*, N° 20, 2009, 697.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile*, N° 19, 2009, 493.

FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.

FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, N° 18, 2008, 555.

FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, N° 20, 2009, 713.

FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, N° 19, 2009, 479.

GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico*, N° 19, 2009, 459.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España*, N° 10, 2004, 229.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral*, N° 8, 2003, 293.

**3) Derecho Colectivo del Trabajo**

DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero*, N° 7, 2003, 147.

GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Noguer, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos*, N° 20, 2009, 675.

**4) Derecho Procesal Laboral**

AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, N° 14, 2006, 67.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral)*, N° 14, 2006, 65.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.

OBERG YÁNEZ, Héctor, *Apelación laboral*, N° 14, 2006, 91.

ROMÁN DÍAZ, Fernando, *El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)*, N° 18, 2008, 535.

THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, N° 18, 2008, 519.

**5) Seguridad Social**

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El sistema español de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable*, N° 19, 2009, 209.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, N° 20, 2009, 729.

## B. VIDA ACADÉMICA

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción),* N° 2, 2000, 387.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción),* N° 3, 2001, 347.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 455.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer (SIC)*[1] *Semestre 2001,* N° 5, 2002, 337.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 359.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 459.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 339.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 397.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2004,* N° 10, 2004, 359.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2004,* N° 11, 2005, 331.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 241.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 435.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2005,*[2] N° 14, 2006, 307.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 341.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 857.

CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 3, 2001, 337.

CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 393.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad,* N° 1, 2000, 317.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho,* N° 7, 2003, 77.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004,* N° 10, 2004, 351.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004,* N° 11, 2005, 325.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 231.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 419.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006,* N° 14, 2006, 301.

[1] Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

[2] Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina,* N° 9, 2004, 389.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 337.
HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI,* N° 13, 2006, 425.
HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2007,* N° 16, 2007, 509.
HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007,* N° 17, 2008, 537.
HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008,* N° 18, 2008, 629.
HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008,* N° 19, 2009, 791.
RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción),* N° 2, 2000, 395.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho,* N° 10, 2004, 355.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho,* N° 12, 2005, 237.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho,* N° 16, 2007, 504.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2008,* Facultad de Derecho, N° 18, 2008, 626.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados,* N° 19, 2009, 787.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002,* N° 6, 2002, 334.
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2007,* N° 16, 2007, 497.
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2007,* N° 17, 2008, 529.
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008,* N° 18, 2008, 619.
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008,* N° 19, 2009, 779.
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 847.
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 441.
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2001,* N° 5, 2002, 325.
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 333.
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 455.
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 333.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Fac. de Derecho (Santiago),* N° 2, 2000, 371.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista,* N° 1, 2000, 307.

## C. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica,* N° 12, 2005, 197.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad,* Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar,* 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?,* Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República),* Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, N° 17, 2008, 467.

BOETTIGER PHILLIPPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago,* 28 de mayo de 2007, N° 17, 2008, 497.

CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia,* 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415.

CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo,* 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales,* Fallo del Tribunal Constitucional, rol N° 1034-08, de 7 de octubre de 2008, N° 19, 2009, 757.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal,* Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa, Corte de Apelaciones de Chillán,* Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009, N° 20, 2009, 837.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Corte Suprema, Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral, Corte Suprema,* 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Corte Suprema, La cosa juzgada en materia procesal laboral, Corte Suprema,* Casación, Rol 3862-2006, 11 de septiembre de 2007, N° 17, 2008, 517.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema,* 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos,* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime y UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados", Corte de Apelaciones de Santiago,* 3 de enero de 2003, N° 20, 2009, 823.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de*

HEMEROTECA

*la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic",* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.,* 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones,* 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno ala prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria,* N° 19, 2009, 683.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?,* N° 18, 2008, 567.

HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema, Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.,* 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos,* N° 18, 2008, 593.

MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular,* N° 4, 2001, 423.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia,* N° 19, 2009, 697.

OTERO, Jorge Miguel y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo,* N° 9, 2004, 425.

PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Corte de Apelaciones de Concepción,* 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada, Corte Suprema,* 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet,* N° 4, 2001, 429.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?,* fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577.

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional,* 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305.

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil,* 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, N° 17, 2008, 489.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal, Casación en el fondo,* 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo,* 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo,* 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo,* 26 de marzo de 2007, N° 20, 2009, 813.

RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa,* 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada,* 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral,* N° 19, 2009, 703.
UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa, 29* de junio de 2000, N° 9, 2004, 417.
UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios,* N° 16, 2007, 479.

## D. RECENSIONES, PUBLICACIONES E ÍNDICES

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica, de Francisco Carpintero,* N° 1, 2000, 335.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 6, 2002, 373.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo, de Francisco Carpintero Benitez,* N° 2, 2000, 441.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente,* N° 2, 2000, 449.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.,* N° 15, 2007, 353.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 15, 2007, 347.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado,* N° 19, 2009, 797.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez,* N° 9, 2004, 435.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón,* N° 11, 2005, 337.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón,* N° 4, 2001, 473.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 11 (2005),* N° 12, 2005, 259.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N°s 1 (2000) a 15 (2007),* N° 16, 2007, 533.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índices de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 16 (2007),* N° 17, 2008, 611.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago.* N° 1 (2000) a 19 (2009), N° 20, 2009, 877.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde,* N° 13, 2006, 441.
CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca,* N° 12, 2005, 247.
CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba,* de Hernán Larraín Fernández, N° 20, 2009, 863.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 2, 2000, 455.
CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez,* N° 8, 2003, 351.
CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias, de Hugo Rosende Álvarez,* N° 17, 2008, 551.
CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón,* N° 10, 2004, 403.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004,* N° 10, 2004, 415.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? Una aproximación inicial, de Héctor Humeres Noguer,* N° 16, 2007, 525.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 12, 2005, 251.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 6, 2002, 479.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 15, 2007, 357.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho,* N° 17, 2008, 543.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho,* N° 17, 2008, 543.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 3, 2001, 365.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador, de José Luis Ugarte Cataldo,* N° 20, 2009, 869.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso,* N° 5, 2002, 359.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 3, 2001, 357.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000, y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 4, 2001, 476.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 5, 2002, 357.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 7, 2003, 481.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 8, 2003, 355.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 10, 2004, 411.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 12, 2005, 256.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 13, 2006, 447.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 14, 2006, 319.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 16, 2007, 528.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 16, 2007, 529.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 19-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 17, 2008, 607.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 20-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 18, 2008, 639.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 21-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 19, 2009, 805.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 22-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 20, 2009, 873.
GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattan*, N° 1, 2000, 333.
GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 18, 2008, 637.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer*, N° 11, 2005, 341.
HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, N° 17, 2008, 565.
NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *"Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle*, N° 17, 2008, 587.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi*, N° 3, 2001, 369.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 393.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 545.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje"*, N° 17, 2008, 562.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones, de René Abeliuk Manasevich*, N° 19, 2009, 801.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez*, N° 8, 2003, 345.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 1, 2000, 321.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias*, N° 17, 2008, 550.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 365.
SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller*, N° 17, 2008, 601.
VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo*, N° 1, 2000, 341.
VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 544.
VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje*, N° 17, 2008, 560.
VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"*, N° 17, 2008, 549.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman*, N° 16, 2007, 515.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci,* N° 2, 2000, 437.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña,* N° 3, 2001, 359.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger,* N° 14, 2006, 313.

## E. SEPARATAS

FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, Separata Revista N° 16, *Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant,* julio de 2007.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional,* N° 4, noviembre de 2003.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia,* N° 6, julio de 2005.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía,* N° 3, mayo de 2003.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción,* N° 17, Septiembre de 2007.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial,* N° 5, julio de 2004.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados,* N° 7, julio de 2006.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado,* N° 2, diciembre de 2002.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios,* N° 1, octubre de 2002.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy",* N° 1, Diciembre de 2007.

## F. SEMBLANZAS Y HOMENAJES

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky,* N° 19, 2009, 61.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda,* N° 15, 2007, 35.
FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista,* N° 19, 2009, 63.
PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!,* N° 15, 2007, 39.

## II. Indice Alfabético de Autores de la "Revista Actualidad Jurídica"

ACCORSI OPAZO, Enrique, *Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica,* N° 3, 2001, 159.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección,* N° 16, 2007, 115.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido,* N° 8, 2003, 69.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová,* N° 19, 2009, 615.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado,* N° 14, 2006, 117.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica,* N° 12, 2005, 197. (CJ).
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos,* N° 17, 2008, 243.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Personalidad Jurídica el poder sancionador de la Administración,* N° 1, 2000, 183.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima,* N° 2, 2000, 233.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales,* N° 6, 2002, 203.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico,* N° 4, 2001, 77.
ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima,* N° 5, 2002, 243.
ALVARADO MARAMBIO, José Tomás, *Divorcio y concepciones de la naturaleza humana,* N° 9, 2004, 65.
ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *El Convenio 169 y el Código de Conducta Responsable. Una primera aproximación crítica,* N° 20, 2009, 789.
ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Ley Reservada del Cobre. Visión jurídica y política,* N° 16, 2007, 331.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Algunas anotaciones sobre la enseñanza de la Ética Jurídica,* N° 6, 2002, 27.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad,* Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409. (CJ).
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar,* 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467. (CJ).
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Democracia morbosa y el banquillo de los acusados: apuntes sobre Ortega y Gasset,* N° 11, 2005, 273.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y Ontología Jurídica, de Francisco Carpintero,* N° 1, 2000, 335. (R).
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno,* N° 16, 2007, 143.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El derecho al honor y la sed de mentira,* N° 10, 2004, 69.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso,* N° 3, 2001, 21.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Estructura funcional del Derecho, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 6, 2002, 373. (R).
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Historia del Derecho Natural, un Ensayo, de Francisco Carpintero Benítez,* N° 2, 2000, 441. (R).
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Hobbes, precursor del estado laico,* N° 19, 2009, 423.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente,* N° 2, 2000, 449. (R).
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital,* N° 4, 2001, 189.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.,* N° 15, 2007, 353. (R).
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Salvador Allende: el asedio a la libertad y al Estado de Derecho en sus discursos presidenciales,* N° 9, 2004, 143.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 15, 2007, 347. (R).
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Tolerancia y Estado laico en el liberalismo de John Locke: un desposorio incómodo,* N° 20, 2009, 649.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio y CISTERNA ROJAS, Vanessa, *La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la "píldora del día después: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?,* N° 18, 2008, 23.
ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos,* N° 15, 2006, 261.
ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética,* N° 6, 2002, 63.
AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad,* N° 7, 2003, 105.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano),* N° 18, 2008, 219.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado,* N° 19, 2009, 797. (R).
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez,* N° 9, 2004, 435. (R).
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la república a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80,* N° 4, 2001, 173.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón,* N° 11, 2005, (R).
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón,* N° 4, 2001, 473. (R).
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. Nos 1 (2000) a 11 (2005),* N° 12, 2005, 259. (R).
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. Nos 1 (2000) a 15 (2007),* N° 16, 2007, 533. (R).
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 16 (2007),* N° 17, 2008, 611. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista Actualidad* Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad de Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 19 (2009)*, N° 20, 2009, 877. (R).
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto*, N° 13, 2006, 11.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Las relaciones internacionales de Chile durante el periodo pseudoparlamentario (1891-1924)*, N° 11, 2005, 181.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas*, N° 13, 2006, 371.
ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Notas sobre la enseñanza del derecho en las Indias*, N° 16, 2007, 89.
ARAB NESSRALLAH, Julio, *Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena*, N° 2, 2000, 33.
ARAB NESSRALLAH, Julio, *Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo*, N° 5, 2002, 91.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, N° 12, 2005, 113.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos*, N° 15, 2007, 171.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros*, N° 20, 2009, 569.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas*, N° 19, 2009, 579.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy*, N° 16, 2007, 127.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos*, N° 6, 2002, 191.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación*, N° 13, 2006, 291.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?*, Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423. (CJ).
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, N° 14, 2006, 149.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República)*, Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, N° 17, 2008, 467. (CJ).
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable*, N° 16, 2007, 171.
ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho*, N° 4, 2001, 379.
ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC)*, N° 20, 2009, 729.
ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?*, N° 8, 2003, 31.
AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra*, N° 14, 2006, 67.
BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia*, N° 10, 2004, 79.
BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho*, N° 7, 2003, 293.
BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, N° 6, 2002, 35.
BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados*, N° 8, 2003, 327.
BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia*, N° 14, 2006, 43.

BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, N° 16, 2007, 107.
BLANCHE REYES, Cristián, *Diez años de reformas tributarias*, N° 20, 2009, 237.
BLANCHE REYES, Cristián, *Dos temas tributarios: la crisis del sistema procesal tributario y la derogación del artículo 57 bis*, N° 13, 2006, 267.
BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile*, N° 18, 2008, 259.
BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, N° 20, 2009, 577.*
BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística*, N° 19, 2009, 309.
BOETTIGER PHILLIPPS, Camila, *Corte Suprema, Facultades de la Dirección General de Aguas en la aprobación de obras en cauces naturales: comentario a sentencias de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 28 de mayo de 2007, N° 17, 2008, 497. (CJ).
BRAVO ROJAS, Mauricio y SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Comentario sobre el proceso de reforma del Estado en Chile en el periodo 1999-2009*, N° 20, 2009, 11.
BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 131.
BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*, N° 12, 2005, 29.
BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 223.
BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, N° 13, 2006, 97.
BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*, N° 10, 2004, 117.
BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico*, N° 3, 2001, 275.
BUSTOS DÍAZ, Carlos, *Perspectivas de diálogo chileno-boliviano en las proximidades del Bicentenario*, N° 15, 2007, 203.
CAMPUSANO, Raúl F., *Aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos*, N° 12, 2005, 161.
CAMPUSANO, Raúl F., *Aspectos jurídicos y políticos de la relación entre desarrollo sustentable y actividad minera*, N° 4, 2001, 277.
CAMPUSANO, Raúl F., *Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis*, N° 8, 2003, 15.
CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca*, N° 12, 2005, 247. (R).
CAMPUSANO, Raúl F., *Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre*, N° 3, 2001, 207.
CAMPUSANO, Raúl F., *La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta*, N° 5, 2002, 305.
CAMPUSANO, Raúl F., *Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile*, N° 2, 2000, 55.
CAMPUSANO, Raúl F., *Reforma a la legislación sobre propiedad industrial: el caso de la información no divulgada*, N° 7, 2003, 339.
CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*, N° 13, 2006, 25.
CAMPUSANO, Raúl F., y CARVAJAL, Francisco, *El tratado de Libre Comercio Chile-Corea*, N° 10, 2005, 155.

CAMPUSANO, Raúl F. y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate*, N° 17, 2008, 453.

CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.

CAMPUSANO, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado*, N° 15, 2007, 219.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano*, N° 20, 2009, 635.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC*, N° 19, 2009, 651.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común*, N° 18, 2008, 395.

CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos*, N° 9, 2004, 355.

CAMPUSANO, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio*, N° 10, 2004, 267.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?*, N° 2, 2000, 127.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer (sic)*[3] *Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 241. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 435. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Primer Semestre 2006,*[4] N° 14, 2006, 307. (VA).

[3] Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

[4] Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción), Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 341. (VA).
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 857.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución),* N° 8, 2003, 95.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión,* N° 15, 2007, 141.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados,* N° 20, 2009, 509.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile,* Separata N° 16, 2007, 53.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato,* N° 16, 2007, 65.
CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde,* N° 13, 2006, 441. (R).
CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos,* N° 5, 2002, 255.
CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública,* N° 7, 2003, 437.
CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández,* N° 20, 2009, 863. (R).
CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile,* N° 3, 2001, 243.
CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva,* N° 2, 2000, 253.
CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso,* N° 15, 2007, 19.
CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes,* N° 7, 2003, 425.
CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaria chilena a tratados internacionales,* N° 2, 2000, 81.
CATTAN ATALA, Ángela, *Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano,* N° 5, 2002, 317.
CATTAN ATALA, Ángela, *El protector de naturales y el derecho a la defensa,* N° 3, 2001, 309.
CATTAN ATALA, Ángela, y MERINO ÁLVAREZ, Christian, *La Avería: pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte marítimo indiano,* N° 2, 2000, 151.
CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile,* N° 3, 2001, 225.
CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile,* N° 19, 2009, 403.
CEA EGAÑA, José Luis, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos,* N° 17, 2008, 165.
CEA EGAÑA, José Luis, *Estado Constitucional de Derecho y transformación del ordenamiento jurídico,* N° 10, 2004, 43.
CEA EGAÑA, José Luis, *Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial,* N° 11, 2005, 25.

CEA EGAÑA, José Luis, *La Constitución de 1980: experiencia y horizonte 20 años después,* N° 4, 2001, 241.
CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *Algunos temas de la nueva Ley de Matrimonio Civil,* N° 15, 2007, 125.
CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, *El matrimonio entre personas del mismo sexo,* N° 18, 2008, 205.
CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno,* N° 9, 2004, 273.
CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno,* N° 10, 2004, 209.
CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Tributos a la importación,* N° 6, 2002, 217.
CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales,* N° 4, 2001, 257.
CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 2, 2000, 455. (R).
CORRAL TALCIANI, Hernán, *La filiación matrimonial,* N° 7, 2003, 241.
CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez,* N° 8, 2003, 351. (R).
CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias, de Hugo Rosende Álvarez,* N° 17, 2008, 551. (R).
CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo,* N° 4, 2001, 271.
CORTE SUPREMA, *Fisco de Chile con Sociedad Fabril y Maderera de la Patagonia,* 29 de junio de 2000, N° 2, 2000, 415. (CJ)
CORTE SUPREMA, *Rivas con Castillo,* 24 de mayo de 2000, N° 2, 2000, 419. (CJ)
CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos,* N° 8, 2003, 195.
CRUCHAGA GANDARILLAS, Ángel, *Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil,* N° 19, 2009, 43.
CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 3, 2001, 337. (VA).
CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 393. (VA).
CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados,* N° 1, 2000, 89.
CRUZ FABRES, Rafael, *La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía, la discusión doctrinaria y el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito el año 1998,* N° 6, 2002, 75.
CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón,* N° 10, 2004, 403. (R).
CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena,* N° 4, 2001, 211.
CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Constitucionalismo chileno y su evolución,* N° 20, 2009, 547.
CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional,* N° 6, 2002, 137.
CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional,* N° 13, 3006, 43.
CUEVAS FARREN, Gustavo, *Controversias Jurídicas, La inmunidad de jurisdicción ante el Derecho Internacional, Puntos de Vista:* N° 1, 2000, 7.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho,* N° 3, 2001, 233.
CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público,* N° 2, 2000, 165.
CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos,* N° 1, 2000, 117.
CUEVAS MANRÍQUEZ, Gustavo, *Responsabilidad civil de los establecimientos de salud,* N° 3, 2001, 169.
DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, *Recopilaciones de leyes castrenses en el derecho patrio chileno del siglo XIX y principios del siglo XX,* N° 14, 2006, 255.
DÁVILA DÍAZ, Roberto, *Bases del ejercicio de la Jurisdicción,* N° 1, 2000, 99.
DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria,* N° 18, 2008, 55.
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago, *El Código Civil y sus principales cambios,* N° 12, 2005, 65.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos",* N° 18, 2008, 69.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales,* Fallo del tribunal Constitucional, rol N° 1034-08, de 7 de octubre de 2008, N° 19, 2009, 757. (CJ).
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal,* Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435. (CJ).
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes,* N° 20, 2009, 35.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos",* N° 17, 2008, 163.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action),* N° 17, 2008, 195.
DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado,* N° 16, 2007, 23.
DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759),* N° 5, 2002, 211.
DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales,* N° 4, 2001, 317.
DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980,* N° 4, 2001, 57.
DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados,* N° 14, 2006, 55.
DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla,* Separata N° 16, 2007, 35.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil,* N° 2, 2000, 327.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil,* N° 15, 2007, 83.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585,* N° 1, 2000, 233.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno,* Separata N° 16, 2007, 7.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.
DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.
DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.
DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.
DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.
ENTELCHE ROSALES, Nicolás, *La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, N° 17, 2008, 293.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004*, N° 10, 2004, 415.
FÁBREGA VEGA, Hugo y YÁNEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones*, N° 20, 2009, 697.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa, Corte de Apelaciones de Chillán*, Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009, N° 20, 2009, 837. (CJ).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Comentario de jurisprudencia acerca del efecto declarativo de una sentencia en materia laboral, Corte Suprema*, 28 de septiembre de 2006, N° 15, 2007, 325. (CJ).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral, Corte Suprema, Casación*, Rol 3862-2006, 11 de septiembre de 2007, N° 17, 2008, 517. (CJ).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? (Una aproximación inicial, de Héctor Humeres Noguer*, N° 16, 2007, 525. (R).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer*, N° 12, 2005, 251. (R).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 6, 2002, 479. (R).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 15, 2007, 357. (R).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *El principio de la responsabilidad ante el derecho: una breve perspectiva filosófica en la enseñanza de la ética profesional del abogado*, N° 7, 2003, 211.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Publicaciones de la Facultad de Derecho*, N° 17, 2008, 543.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, de Aldo Monsálvez Müller*, N° 3, 2001, 365. (R).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile*, N° 19, 2009, 493.
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador, de José Luis Ugarte Cataldo*, N° 20, 2009, 869. (R).
FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 1, 2000, 317. (VA)
FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho*, N° 7, 2003, 77. (VA).
FÁBREGA VEGA, Hugo, y OSSANDÓN BRAVO, Pelayo, *Vida estudiantil en la Facultad*, N° 2, 2000, 383. (VA).
FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, Separata Revista N° 16, *Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant*, julio de 2007.
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional*, N° 4, noviembre de 2003. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia,* N° 6, julio de 2005. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía,* N° 3, mayo de 2003. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción,* N° 17, Septiembre de 2007. (S).
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial,* N° 5, julio de 2004. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados,* N° 7, julio de 2006. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado,* N° 2, diciembre de 2002. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios,* N° 1, octubre de 2002. (S)
FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy",* N° 1, Diciembre de 2007. (S).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso,* N° 5, 2002, 359. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky,* N° 19, 2009, 61.
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 3, 2001, 357. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000, y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 4, 2001, 476. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 5, 2002, 357. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 7, 2003, 481. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 8, 2003, 355. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 10, 2004, 411. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 12, 2005, 256. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 13, 2006, 447. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 14, 2006, 319. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 16, 2007, 528. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 18-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 16, 2007, 529. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 19-2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 17, 2008, 607. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 20-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 18, 2008, 639. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 21-2008 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 19, 2009, 805. (R).
FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 22-2009 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 20, 2009, 873. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, N° 15, 2007, 35.
FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia*, N° 5, 2002, 187.
FELIU SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.
FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, N° 17, 2008, 175.
FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.
FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista*, N° 19, 2009, 63.
FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003*, N° 8, 2003, 113.
FIEGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal*, N° 17, 2008, 59.
FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, N° 5, 2002, 123.
FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.
FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal*, N° 20, 2009, 801.
FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?*, N° 9, 2004, 31.
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 351. (VA).
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 325. (VA).
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 231. (VA).
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 419. (VA).
FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301. (VA).
FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.
FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, N° 18, 2008, 555.
FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, N° 20, 2009, 713.
FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, N° 19, 2009, 479.
GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno*, N° 2, 2000, 23.
GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 155.
GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú*, N° 10, 2004, 199.
GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional*, N° 8, 2003, 49.
GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattan*, N° 1, 2000, 333. (R).

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica,* N° 13, 2006, 315.
GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente,* N° 18, 2008, 637. (R).
GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina,* N° 9, 2004, 389. (VA).
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura,* N° 13, 2006, 275.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema,* 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297. (CJ).
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos,* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299. (CJ).
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?,* N° 9, 2004, 349.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario,* N° 5, 2002, 143.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria,* N° 2, 2000, 211.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria,* N° 9, 2004.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios,* N° 14, 2006, 285.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime y UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados", Corte de Apelaciones de Santiago,* 3 de enero de 2003, N° 20, 2009, 823. (CJ).
GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?,* N° 11, 2005, 175.
GARCÍA ESCOBAR, Jaime y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica,* N° 17, 2008, 257.
GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Corte Suprema y gobierno judicial, un programa de reformas,* N° 20, 2009, 81.
GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio,* N° 19, 2009, 327.
GARCÍA ODGERS, Ramón, *Reformas judiciales. Algunas claves para su entendimiento,* N° 17, 2008, 75.
GAZMURI, Cristián, *Notas sobre las causas de la crisis de la democracia chilena en 1970-1973,* N° 6, 2002, 340.
GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima,* N° 20, 2009, 741.
GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado,* N° 7, 2003, 129.
GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias,* N° 16, 2007, 299.
GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas,* N° 19, 2009, 263.
GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces,* N° 18, 2008, 333.
GONZÁLEZ ORRICO, Jaime, *La responsabilidad del empleador por despido antisindical de trabajadores sin fuero,* N° 7, 2003, 147.
GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Noguer, discurso de presentación,* N° 5, 2002, 333.
GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad,* N° 19, 2009, 25.

GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica,* N° 3, 2001, 149.
GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio,* N° 14, 2006, 201.
GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico,* N° 19, 2009, 459.
GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones,* N° 3, 2001, 123.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 337. (VA).
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic",* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307. (CJ).
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.,* 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319. (CJ).
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones,* 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405. (CJ).
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 11, 2005, 341. (R).
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno ala prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria,* N° 19, 2009, 683. (CJ).
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho laboral y de la seguridad social en Chile,* N° 2, 2000, 103.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?,* N° 18, 2008, 567. (CJ).
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Presentación (del tema la Reforma Procesal Laboral),* N° 14, 2006, 65.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001),* N° 5, 2002, 203.
HALPERN MONTECINO, Cecily, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo,* N° 1, 2000, 177.
HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.,* 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403. (CJ).
HALPERN MONTECINO, Cecily y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009,* N° 20, 2009, 215.
HECKER PADILLA, Carlos, *El estado de necesidad en el Derecho francés y el Derecho Comparado,* N° 19, 2009, 139.
HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España,* N° 10, 2004, 229.
HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.,* N° 17, 2008, 565. (R).
HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley N° 20.253 en materia de reincidencia,* N° 18, 2008, 491.
HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI,* N° 13, 2006, 425. (VA).

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, N° 14, 2006, 219.
HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009)*, N° 20, 2009, 347.
HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.
HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.
HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.
HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2007*, N° 16, 2007, 509. (VA).
HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007*, N° 17, 2008, 537. (VA).
HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008*, N° 18, 2008, 629. (VA).
HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008*, N° 19, 2009, 791. (VA).
JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones*, N° 16, 2007, 391.
JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, N° 18, 2008, 593. (CJ).
JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores*, N° 13, 2006, 393.
JUPPET EWING, María Fernanda, *Ley de sociedades y cooperativas de garantía recíproca*, N° 17, 2008, 371.
JUPPET EWING, María Fernanda, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia*, N° 20, 2009, 759.
JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas*, N° 19, 2009, 513.
KOKISCH MOURGUES, Domingo, *El proceso monitorio*, N° 5, 2002, 79.
LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190*, N° 17, 2008, 403.
LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Nulidad sustantiva en el procedimiento arbitral*, N° 20, 2009, 541.
MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas*, N° 3, 2001, 285.
MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El principio de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*, Separata N° 16, 2007, 17.
MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *La cesión del contrato en el derecho colombiano*, N° 13, 2006, 209.
MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual*, N° 11, 2005, 213.
MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares*, N° 18, 2008, 473.
MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El sistema español de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. El empresario como principal sujeto responsable*, N° 19, 2009, 209.
MATURANA TOLEDO, Carlos, *Comentarios acerca del origen y competencia de los Tribunales Electorales Regionales*, N° 4, 2001, 149.

MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia,* Separata N° 16, 2007, 89.
MEDINA JARA, Rodrigo, *De vuelta sobre los límites entre defraudaciones e incumplimientos civiles,* N° 16, 2007, 291.
MEDINA JARA, Rodrigo, *Dos aspectos del delito de negociación incompatible,* N° 10, 2004, 223.
MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones),* N° 8, 2003, 273.
MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., y ODDÓ BEAS, Blanca, *Del transcurso de un plazo y el nacimiento de un acto administrativo presunto de aprobación,* N° 14, 2006, 161.
MIHOVILOVIC BONARDI, Ariel, *Naturaleza jurídica de los derechos que se tienen respecto de una sepultura,* N° 19, 2009, 535.
MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado,* N° 16, 2007, 75.
MOMBERG URIBE, Rodrigo, *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos,* N° 10, 2004, 151.
MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Divorcio vincular y nulidad de matrimonio en el derecho internacional privado y en la jurisprudencia chilena,* N° 9, 2004, 111.
MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional,* N° 3, 2001, 87.
MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales,* N° 6, 2002, 147.
MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Algunos aspectos de los recursos administrativos en la Ley N° 19.880, que establece bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado,* N° 9, 2004, 187.
MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Aplicación de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas,* N° 11, 2005, 231.
MORALES GODOY, Misael, *La responsabilidad ante el Código Tributario,* N° 7, 2003, 173.
MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores,* N° 10, 2004, 27.
MORGADO M., Claudia, *La responsabilidad del* pater *por los delitos cometidos por sus dependientes,* N° 7, 2003, 83.
MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual,* N° 6, 2002, 163.
MUÑOZ, JUAN ÁNGEL, *Modernización y cambio en el poder judicial,* N° 15, 2007, 21.
MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular,* N° 4, 2001, 423. (CJ).
NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del* ius puniendi *estatal y la expansión del derecho penal,* N° 15, 2007, 191.
NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa,* N° 18, 2008, 431.
NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *"Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle,* N° 17, 2008, 587. (R).
NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo,* N° 17, 2008, 29.
OBERG YÁNEZ, Héctor, *Apelación laboral,* N° 14, 2006, 91.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia,* N° 19, 2009, 697. (CJ).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia,* N° 13, 2006, 233.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil,* N° 17, 2008, 49.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso,* N° 3, 2001, 69.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal,* N° 2, 2000, 131.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez,* N° 19, 2009, 397.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil),* N° 8, 2003, 165.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra,* N° 9, 2004, 225.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil,* N° 15, 2007, 181.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi,* N° 3, 2001, 369. (R).
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia,* N° 10, 2004, 167.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?,* N° 12, 2005, 25.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal,* N° 5, 2002, 99.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad,* N° 11, 2005, 245.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?,* N° 6, 2002, 295.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT),* N° 7, 2003, 317.
OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal* (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.), N° 18, 2008, 239.
OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México,* N° 17, 2008, 385.
ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 47.
OTERO, Jorge Miguel, y POHLI, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo,* N° 9, 2004, 425. (CJ).
OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia,* N° 14, 2006, 25.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas,* N° 9, 2004, 371.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento Contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?,* N° 10, 2004, 287.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar,* N° 14, 2006, 215.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho,* N° 11, 2005, 47.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia,* N° 11, 2005, 267.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad,* N° 8, 2003, 309.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 10, 2004, 393. (R).
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho,* N° 7, 2003, 325.
OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello,* N° 12, 2005, 99.
PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Corte de Apelaciones de Concepción,* 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313. (CJ).

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *La Ley de responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia*, N° 17, 2008, 273.
PAIVA HANTKE, Gabriela, *Propiedad intelectual, marcas y conflictos sobre nombres de dominio en Internet*, N° 2, 2000, 265.
PALACIOS MENA, Patricio, *Alcances sobre la responsabilidad objetiva*, N°, 2003, 385.
PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Efectos tributarios de la subcontratación y del suministro de trabajadores*, N° 18, 2008, 539.
PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios, un intento de precisar su fundamento y extensión*, N° 13, 2006, 245.
PAUL DÍAZ, Álvaro y SOTO VELASCO, Sebastián, *Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes*, N° 19, 2009, 585.
PARADA GUZMÁN, César, *La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad, nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva*, N° 2, 2000, 299.
PECCHI CROCE, Carlos, *¡Adiós a un gran jurista y mejor amigo!*, N° 15, 2007, 39.
PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal*, N° 11, 2005, 119.
PECCHI CROCE, Carlos, y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 25.
PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal*, N° 7, 2003, 47.
PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Qué divorcio?*, N° 9, 2004, 25.
PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en derecho de obligaciones y el Código Civil chileno*, Separata N° 16, 2007, 113.
PÉREZ DE ARCE IBIETA, Hermógenes, *Garantes de la institucionalidad*, N° 4, 2001, 233.
PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión*, N° 4, 2001, 351.
PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo*, N° 8, 2003, 57.
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 16, 2007, 247.
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Algunos comentarios y antecedentes en torno a las reformas introducidas a la legislación de mercado de capitales por la llamada MK 2*, N° 17, 2000, 315.
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas*, N° 12, 2005, 145.
PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada, Corte Suprema*, 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255. (CJ).
PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet*, N° 4, 2001, 429. (CJ).
PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink*, N° 8, 2003, 249.
PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?*, fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577. (CJ).
PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*, N° 20, 2009, 297.
PICASSO, Sebastián, *La teoría general del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil argentino*, Separata N° 16, 2007, 73.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes,* N° 2, 2000, 401.
PIZARRO WILSON, Carlos, *El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto",* N° 11, 2005, 255.
PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El valor de las sentencias condenatorias penales del nuevo derecho procesal penal en materia civil,* N° 18, 2008, 299.
POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal,* N° 7, 2003, 61.
POBLETE JIMÉNEZ, Carlos y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos,* N° 20, 2009, 675.
QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls,* N° 18, 2008, 371.
RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional,* 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305. (CJ).
RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil,* 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, N° 17, 2008, 489. (CJ).
RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?,* N° 5, 2002, 109.
RABAT CELIS, Fernando José, *Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos,* N° 6, 2002, 305.
REYES RIVEROS, Jorge, *Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado,* N° 3, 2001, 319.
RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal, Casación en el fondo,* 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477. (CJ).
RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo,* 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401. (CJ).
RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo,* 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413. (CJ).
RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, Corte Suprema, *La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo,* 26 de marzo de 2007, N° 20, 2009, 813. (CJ).
RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido,* N° 10, 2004, 295.
RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, *Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura,* N° 12, 2005, 123.
RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso año académico 2000 (Sede Concepción),* N° 2, 2000, 395. (VA)
RIOSECO MARTÍNEZ, Gonzalo, *Discurso de Inauguración del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno,* Separata N° 16, 2007, 13.
RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa,* 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317. (CJ).

RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas*, N° 17, 2008, 433.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abogados forenses*, N° 16, 2007, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Abuso circunstancial y laguna legal*, N° 19, 2009, 79.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *A propósito de la excepción del contrato no cumplido*, N° 10, 2004, 299.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acerca del artículo 1679 del Código Civil*, N° 12, 2005, 189.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Actualidad Jurídica cumple 5 años*, N° 10, 2004.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada*, 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239. (CJ).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?*, N° 10, 2004, 13.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, N° 17, 2008, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Derecho y Justicia*, N° 5, 2002, 345.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2004, Facultad de Derecho*, N° 10, 2004, 355. (VA).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2005, Facultad de Derecho*, N° 12, 2005, 237. (VA).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2007, Facultad de Derecho*, N° 16, 2007, 504. (VA).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de inauguración año académico 2008*, Facultad de Derecho, N° 18, 2008, 626. (VA)
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso del Decano de la Facultad en el acto de graduación de los nuevos licenciados*, N° 19, 2009, 787. (VA).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 545. (R).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje"*, N° 17, 2008, 562. (R).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso Inaugural del año académico 2002*, N° 6, 2002, 334. (VA).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El "debido proceso" a la luz de la ley chilena*, N° 3, 2001, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central*, N° 2, 2000, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley*, N° 1, 2000, 47.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estructura funcional del Derecho (prólogo del autor)*, N° 6, 2002, 367.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudios Pendientes (Presentación)*, N° 4, 2001, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?*, N° 8, 2003, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Hacia el gobierno de los jueces?*, N° 14, 2006, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Hacia un nuevo derecho de familia*, N° 13, 2006, 117.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales*, N° 1, 2000, 193.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Constitución de 1980, hija de su tiempo*, N° 4, 2001, 11.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones, de René Abeliuk Manasevich*, N° 19, 2009, 801. (R).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*, N° 7, 2003, 219.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias*, N° 20, 2009, 365.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez*, N° 8, 2003, 345. (R).
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Matrimonio y divorcio vincular*, N° 9, 2004, 11.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pacta sunt servanda*, N° 18, 2008, 107.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Abogados Forenses)*, N° 16, 2007, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Crisis de la Justicia)*, N° 12, 2005, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Debilidades estructurales del Poder Judicial)*, N° 17, 2008, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema El divorcio vincular)*, N° 9, 2004, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional)*, N° 6, 2002, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema fallo del Tribunal Constitucional, sobre la llamada "píldora del día después")*, N° 18, 2008, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Independencia del Poder Judicial)*, N° 11, 2005, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La crisis del derecho internacional)*, N° 8, 2003, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La reforma procesal penal)*, N° 7, 2003, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Modernización o estancamiento del Poder Judicial)*, N° 14, 2006, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Principales reformas jurídicas del decenio)*, N° 20, 2009, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna Generacional)*, N° 15, 2007, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Reformas Constitucionales Ley N° 20.050)*, N° 13, 2006, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación, (del tema Responsabilidad profesional del abogado)*, N° 19, 2009, 5.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Pugna Generacional*, N° 15, 2007, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema*, N° 20, 2009, 71.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil*, N° 5, 2002, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Renovación de los estudios de Derecho*, N° 2, 2000, 117.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción del contrato no cumplido*, N° 9, 2004, 121.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la responsabilidad profesional*, N° 19, 2009, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre un fallo del Tribunal Constitucional*, N° 18, 2008, 9.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Subordinación del Poder Judicial*, N° 11, 2005, 11.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: reforma Procesal Civil)*, N° 5, 2002, 7.
RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V., Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores*, N° 1, 2000, 11.
RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Nuevo régimen de adopción*, N° 1, 2000, 283.
RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, *Responsabilidad civil individual del médico*, N° 3, 2001, 181.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil*, N° 20, 2009, 143.
ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Ley, interpretación y exceso judicial*, N° 11, 2005, 39.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento,* N° 9, 2004, 175.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 13.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal,* N° 2, 2000, 9.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal,* N° 12, 2005, 47.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral,* N° 9, 2004, 207.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad,* N° 1, 2000, 55.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 265.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *¿Igualdad jurídica en Chile?,* N° 4, 2001, 199.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda,* N° 15, 2007, 41.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 227.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y ROJAS SEPÚLVEDA, Eduardo, *Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas,* N° 5, 2002, 275.
ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, y TORRES DUFFAU, Marcelo, *Delito permanente, amnistía y prescripción,* N° 11, 2005, 87.
ROMÁN DÍAZ, Fernando, *El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía),* N° 18, 2008, 535.
ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno,* N° 20, 2009, 163.
ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico,* N° 6, 2002, 45.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación,* N° 13, 2006, 137.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado,* N° 5, 2002, 163.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación,* N° 1, 2000, 259.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual,* N° 2, 2000, 277.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia,* N° 20, 2009, 195.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral,* N° 19, 2009, 703. (CJ).
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva de Pablo Rodríguez Grez,* N° 1, 2000, 321. (R).
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Estructura funcional del derecho, de Pablo Rodríguez Grez, discurso de presentación,* N° 5, 2002, 329. (R).
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La interpretación judicial de la ley,* N° 17, 2008, 89.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La naturaleza de las obligaciones de los médicos,* N° 9, 2004, 131.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La simulación y la jurisprudencia,* N° 11, 2005, 53.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevas normas reguladoras de los arrendamientos de predios urbanos,* N° 8, 2003, 171.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias,* N° 17, 2008, 550. (R).
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Persona, Familia y Sociedad,* N° 1, 2000, 133.
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 10, 2004, 365. (R).
ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?,* N° 10, 2004, 55.
SALAS VIVALDI, Julio, *El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional,* N° 3, 2001, 51.
SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal,* N° 10, 2004, 133.
SAHLI CRUZ, Juan Carlos, *La empresa individual de responsabilidad limitada,* N° 8, 2003, 123.
SAMITH VEGA, Gina, *El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana,* N° 9, 2004, 71.
SÁNCHEZ ANDRADE, ANDRÉS, *La responsabilidad en los contratos de compraventa internacionales celebrados por Internet,* N° 7, 2003, 201.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Comentarios a la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada,* N° 8, 2003, 143.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Contrato de outsourcing informático,* N° 10, 2004, 175.
SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Marcas comerciales y nombres de dominio,* N° 9, 2004, 235.
SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller,* N° 17, 2008, 601. (R).
SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato de opción,* N° 17, 2008, 351.
SARROCA POBLETE, José Miguel, *El contrato swap,* N° 18, 2008, 413.
SCHMIDT HOTT, Claudia, *Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad,* N° 20, 2009, 483.
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2007,* N° 16, 2007, 497. (VA).
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2007,* N° 17, 2008, 529. (VA).
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008,* N° 18, 2008, 619. (VA).
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008,* N° 19, 2009, 779. (VA).
SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 847. (VA).
SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio,* N° 12, 2005, 177.
SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?,* N° 9, 2004, 83.
SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación,* N° 10, 2004, 83.
SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Introducción a la Economía Política Constitucional,* N° 18, 2008, 189.
SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?,* N° 15, 2007, 161.
SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial,* N° 3, 2001, 303.
SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad,* N° 7, 2003, 183.
SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?,* N° 6, 2002, 13.

TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.
TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo*, N° 4, 2001, 299.
TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación*, N° 5, 2002, 53.
TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos*, N° 19, 2009, 127.
TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal*, N° 20, 2009, 127.
TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "concurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara N° 16, 2007, 65.
THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada*, N° 18, 2008, 519.
THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena*, N° 4, 2001, 261.
UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria*, N° 8, 2003, 227.
UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria*, N° 5, 2002, 129.
UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa*, 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417. (CJ).
UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria*, N° 18, 2008, 499.
UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.
UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios*, N° 16, 2007, 479. (CJ).
VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.
VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje*, N° 7, 2003, 263.
VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum*, N° 13, 2006, 343.
VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo*, N° 1, 2000, 341. (R).
VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.
VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España*, N° 16, 2007, 51.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza*, N° 20, 2009, 445.
VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, N° 16, 2007, 203.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inconstitucionalidad por omisión del legislador,* N° 19, 2009, 373.
VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos,* N° 18, 2008, 247.
VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales,* N° 20, 2009, 597.
VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral,* N° 2, 2000, 177.
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 441. (VA).
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2001,* N° 5, 2002, 325. (VA).
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 333. (VA).
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 455. (VA)
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 333. (VA)
VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral,* N° 8, 2003, 293.
VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez,* N° 5, 2002, 349.
VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvención,* N° 6, 2002, 327.
VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado,* N° 19, 2009, 33.
VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre,* N° 17, 2008, 544. (R).
VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo - Estudios en su homenaje,* N° 17, 2008, 560. (R).
VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno",* N° 17, 2008, 549.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 2, 2000, 371. (VA)
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman,* N° 16, 2007, 515. (R).
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino,* N° 3, 2001, 135.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci,* N° 2, 2000, 437. (R).
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del Jurista,* N° 1, 2000, 307. (VA).
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 31.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público,* N° 11, 2005, 281.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo,* N° 1, 2000, 95.
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña,* N° 3, 2001, 359. (R).
WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger,* N° 14, 2006, 313. (R).

ACTUALIDAD
# JURIDICA

## Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. E-mail

**Tipo de Suscripción**

❑ Nueva ❑ Renovación ❑ 1 Año ❑ 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

**"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."**

por la suma de $ por suscripción (es)

**Tipo de Documento**

❑ Boleta ❑ Factura

| **SUSCRIPCION*** | **1 AÑO (2 Revistas)** | **2 AÑOS (4 Revistas)** |
|---|---|---|
| **Nacional** | $ 22.000 | $ 40.000 |

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:
**EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**


Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl

**ACTUALIDAD JURIDICA** pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.

BIBLIOTECA UDD SCL
R011813