

ACTUALIDAD JURIDICA



Año XII

N° 23

Enero 2011

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**Responsabilidad extracontractual
del Estado**

•

**¿Es constitucional la ley que declara
inexpugnable la filiación del hijo concebido
mediante aplicación de técnicas
de reproducción humana asistida?**

•

**Sentencia del Tribunal Constitucional
sobre reajustes a los planes
de salud (Isapres)**



Universidad del Desarrollo

SANTIAGO - CONCEPCION

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XII, N° 23 - Enero 2011



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

012619

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: Versión, Producciones Gráficas Limitada.

Índice de contenidos

• Presentación	5
-----------------------------	---

Tema central : *Responsabilidad extracontractual del Estado*

• Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. P. Rodríguez G.	9
• Responsabilidad extracontractual/ responsabilidad constitucional del Estado. J. Alvear T.	69
• El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999–2010). N. Enteiche R.	109

Ensayos y Estudios

• La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena. J. Valdivia P.	139
• ¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?. H. Rosende A.	161
• La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos. R. F. Campusano D.	193
• Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio. P. Riquelme P. - P. Medina F. - D. Bustos P.	229
• Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile. A. Leiva L.	259
• Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación. J. L. Varela. D.	281
• La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación. J. Pacheco Q.	313
• Principio de legalidad y vigencia de las modificaciones legales al DFL N° 2 introducidas por la ley 20.455. B. Bernstein P.	345
• El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas. M. F. Juppert E.	355
• Protección de datos de carácter personal. H. Oberg Y.	375
• La descentralización en Chile. M. Villagrán A.	383
• Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos. C. Hecker P.	395

- **Problemática laboral en la empresa actual, aplicada a la empresa de servicios transitorios.** H. Álvarez C. 423
- **La constitucionalización de las fuerzas armadas.** S. Cea C. - R. Coronado D. 435
- **Incentivos a la innovación tecnológica: la Ley 20.241.** A. Álamos V. 453

Análisis Jurisprudencial

- **Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933.** I. Covarrubias C. 463
- **Requisitos de procesabilidad de la empresa mandante o dueña de la obra en la subcontratación laboral.** C. Halpern M. 491
- **Caso Central Termoelectrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones.** C. Boettiger P. - F. Leiva S. 513
- **El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso.** J. Alvear T. 531
- **Aplicación de los artículos 48, 49 y 53 de Código de Procedimiento civil.** H. Oberg Y. 541

Actividades de las Facultades

- **Santiago.** T. Siles D. 551
- **Concepción.** S. Arcas A. 561

Libros, Resúmenes y Recensiones

- **Derechos Fundamentales de los privados de Libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia, de Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera** F. Maldonado F. 587
- **La responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales. De AA.VV. María Sara Rodríguez Pinto y Francisca Barrientos Camus (Editoras).** H. Fábrega V. - D. Yáñez T. 595
- **Índice Revista Ius Publicum N° 25** 599

Presentación

La revista *Actualidad Jurídica*, en su edición vigésimo tercera, ofrece una variada gama de temas a nuestros lectores, todos ellos relativos a materias novedosas y de frecuente aplicación en el medio jurídico. No cabe duda, como lo hemos reiterado muchas veces a través de estas páginas, que el sistema normativo chileno experimenta una precipitada renovación, probablemente como consecuencia del vertiginoso desarrollo científico y tecnológico, la crisis de valores que creíamos fuertemente arraigados nuestra la sociedad, los efectos de la globalización, la creciente influencia de algunas ramas del ordenamiento jurídico como el derecho internacional, ambiental, constitucional, humanitario, etcétera. Desde esta perspectiva, no es fácil la tarea del jurista en un momento en que todo parece ser inestable y hallarse en revisión. Precisamente, por estas razones, creemos que es indispensable, cada día con mayor urgencia, estudiar este fenómeno, investigarlo, analizar sus raíces y la formas en que se proyectará en el futuro inmediato.

De aquí que convoquemos, con el mismo entusiasmo que nos movía hace ya más de diez años –cuando fundamos esta publicación–, a todos quienes se interesen por estas materias, tan trascendentales para la convivencia interna y para nuestro país en el ámbito mundial, a sumarse al esfuerzo de investigar, comentar y divulgar trabajos que contribuyan al avance científico del derecho. Las puertas de esta revista estarán siempre abiertas para acoger, como ha ocurrido hasta el día de hoy, a todos quienes quieran contribuir con nosotros en lo que no es exagerado calificar de cruzada por el perfeccionamiento del derecho.

No podemos ignorar que una serie de desgracias (sismo, accidentes laborales, crisis carcelaria), han puesto a prueba la eficiencia del sistema legal para encarar las apremiantes necesidades desatadas, muchas de las cuales no pueden esperar. Por lo mismo, se hace cada vez más necesario revisar las debilidades que presenta la institucionalidad, fortalecer su estructura y extender su conocimiento. Sólo de esta manera aseguraremos la continuidad y subsistencia del “estado de derecho”.

El tema central de esta edición se refiere a la “responsabilidad extracontractual del Estado”. Como es sabido, esta materia ha suscitado en el pasado, y sigue suscitando en el presente, una airada polémica, que se expresa a través de una jurisprudencia vacilante y en planteamientos disímiles en la doctrina. La extensión de la actividad que se asigna a la Administración y el aumento de controles en relación con ella, ha multiplicado los conflictos que conocen nuestros tribunales, ahora plenamente competentes para juzgar sobre la lesión

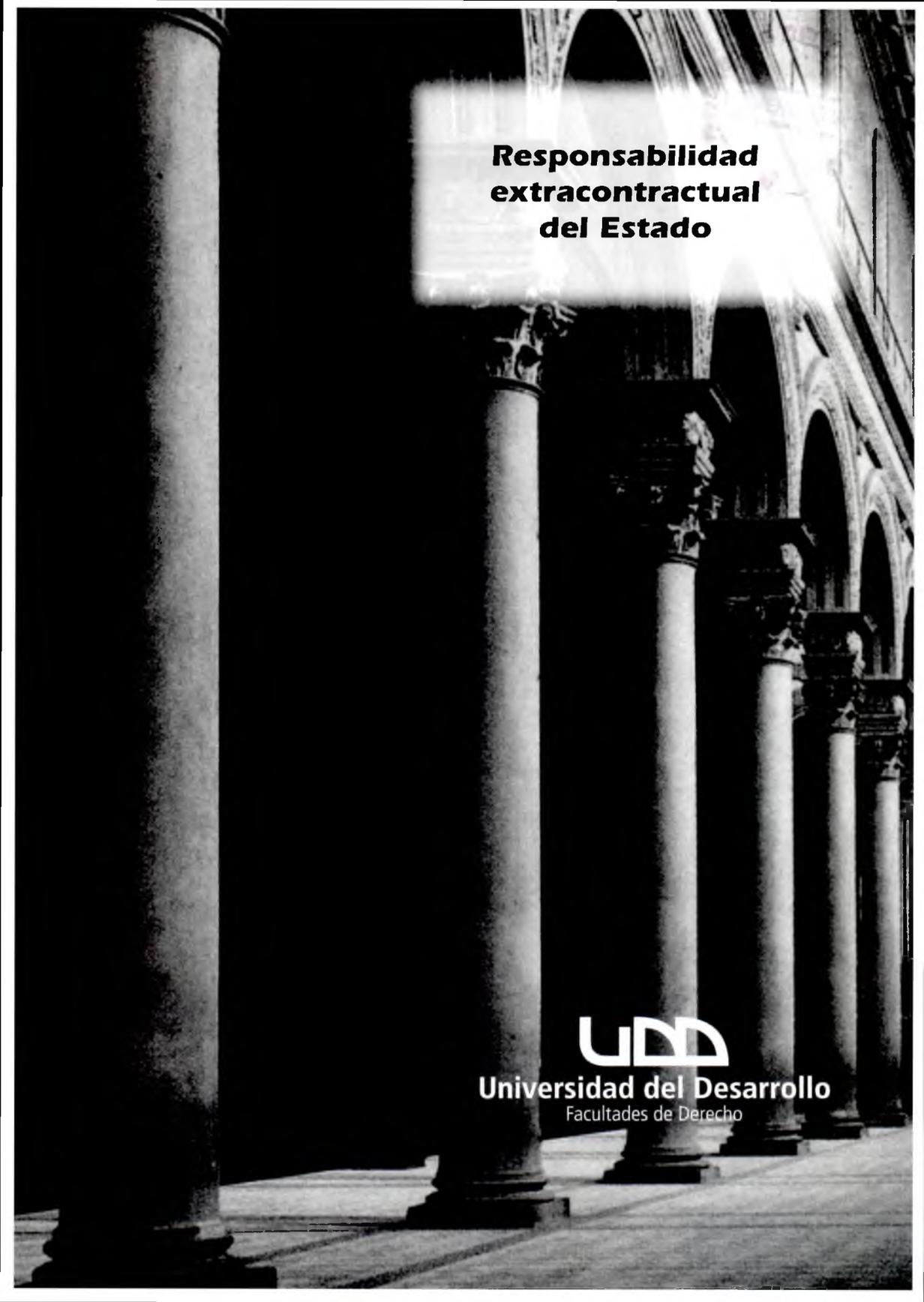
que la Administración del Estado infringe a los derechos de los imperados. No es aventurado sostener, entonces, que serán cada días más numerosos los casos en que se haga valer la responsabilidad extracontractual del Estado. Advertimos, desde luego, que este capítulo no queda cerrado y que nuestras columnas permanecerán atentas a nuevos trabajos sobre esta temática.

La presente edición de *Actualidad Jurídica* contiene, además, trabajos sobre la evolución histórico-jurídica de los derechos humanos, temas de derecho societario, la situación de la víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal de los menores, la descentralización (cuestión siempre recurrente en un país que adolece de un centralismo asfixiante), la nueva institucionalidad ambiental, la revisión de dos tratados ecológicos, la regulación ambiental en los textos constitucionales de los países sudamericanos, etcétera. Como es posible constatar, se abordan aquellas materias en las cuales el derecho parece renovarse con mayor profundidad y velocidad.

Estas páginas contienen, asimismo, varios comentarios sobre jurisprudencia, destacando algunas sentencias del Tribunal Constitucional, sobre el principio de ejecución de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso y sobre el artículo 38 ter de la Ley N°18.933 (Isapres).

Esperamos que esta publicación sea aprovechada por los estudiosos del derecho, por los tribunales de justicia, por los profesores y los abogados, tanto corporativos como forenses, sólo de esta manera avanzaremos hacia la meta que no hemos propuesto: contribuir al desarrollo y perfeccionamiento del sistema jurídico, haciéndolo cada día más perfecto.

EL DIRECTOR



**Responsabilidad
extracontractual
del Estado**



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática que ha suscitado la “responsabilidad extracontractual del Estado”. Se analiza en él la posición que sustentan quienes afirman que nuestra Constitución contendría normas que permiten configurar un estatuto constitucional –*ius publicista*– sobre la materia, configurándose una responsabilidad que operaría de *pleno derecho*, *ab initio*, *objetiva*, de causalidad material e imprescriptible. Desechada esta posibilidad, se analizan las disposiciones que habitualmente se invocan para conformar, esta vez desde una perspectiva legal, dicho estatuto especial de carácter público. Desestimadas ambas alternativas y admitiendo que esta responsabilidad se encuentra asimilada a las normas sobre responsabilidad extracontractual contempladas en el derecho común (Título del Libro IV del Código Civil sobre delitos y cuasidelitos), se estudian los aspectos o especificidades que le dan a este tipo de responsabilidad una fisonomía propia, siempre dentro del marco regulatorio impuesto por el derecho común. A este respecto se enuncian, como elementos distintivos, el hecho de que se trate de una “responsabilidad directa” del Estado (ajena a la responsabilidad vicaria consignada en la ley común); que se contemple la “falta de servicio”, que opera como presunción de culpa del Estado, descargando a la víctima de la obligación de probar dolo o negligencia de los agentes de la Administración; la circunstancia de que esta responsabilidad tenga un “doble origen”, pudiendo provenir de la “falta de servicio” de la Administración y/o de la “falta personal” de sus agentes o funcionarios públicos, haciendo posible, gracias a la confluencia de ambas, configurar una obligación solidaria conforme las reglas generales derecho; la exigencia de acreditar una “relación causal normativa” y no material en uno y otros caso; y el “derecho de reembolso” que puede ejercer el Estado para resarcirse de los pagos realizados cuando está individualizado el autor del daño y establecido el factor de atribución (culpa o dolo) que configura el ilícito. Se estudia, enseguida, la actividad material y la actividad jurídica del Estado; la prescripción extintiva de esta responsabilidad; la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales sobre la prescripción, la “falta de servicio”, y el carácter directo de la responsabilidad en lo que concierne al Estado. Concluye este trabajo con un capítulo de conclusiones a modo de resumen.

La responsabilidad extracontractual del Estado es un tema de constante discusión en los últimos años. En especial a partir de la reforma constitucional de 1989, que modificó el inciso segundo al artículo 38 de la Carta Fundamental, se ha sostenido, por cierta doctrina, la existencia de un estatuto especial sobre este tipo de responsabilidad, a la cual se atribuye un carácter objetivo, origen de acciones imprescriptibles y en que la relación causal es meramente material y no consecuencia de un juicio normativo. La cuestión, entonces, reviste una importancia muy singular y, por cierto, amplía desmesuradamente, a nuestro juicio, el ámbito de responsabilidad del Estado. No puede negarse, por otra parte, que esta materia acusa aspectos específicos que surgen de un análisis comparativo con la responsabilidad consagrada en el derecho común. El presente trabajo, a partir de estas premisas, se propone responder la pregunta de si es efectivo que coexisten dos sistemas diferentes de responsabilidad extracontractual –el propiciado por los juspublicistas y basado principalmente en normas de rango constitucional, y el consagrado por el derecho común y basado en las disposiciones del Código Civil– o, bien, si estas diferencias no representan más que aspectos secundarios, insuficientes para configurar estatutos diferentes y, aun, opuestos de responsabilidad. Cabe observar que la jurisprudencia ha sido vacilante y está muy lejos, todavía, de esclarecer este dilema.

I. Carácter constitucional del estatuto jurídico aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado

La mayor parte de las discrepancias entre los autores surge a propósito de la determinación del estatuto jurídico aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado. Una corriente ha sostenido, a este respecto, que es aplicable en la especie un *“estatuto constitucional”*, ajeno absolutamente a la concepción civilista, el cual se fundaría en disposiciones de la Carta Política que tratarían derechamente sobre esta situación. Otra corriente afirma que se aplica a este tipo de responsabilidad el derecho común, vale decir, las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, que contiene, precisamente, la regulación de la responsabilidad por el hecho ilícito.

Comencemos por destacar que los principios y mandatos de la Constitución –como norma suprema del ordenamiento jurídico– se desarrollan a través de las leyes y que son éstas las que sirven de fundamento a las reglas particulares y concretas (sentencia, resolución administrativa, actos y contratos y mandatos que el mismo imperado se da para cumplir espontáneamente lo ordenado en la norma). Es cierto que en el día de hoy se admite que, muy excepcionalmente, puede un tribunal ordinario aplicar directamente la Constitución en el ejercicio de la jurisdicción (cuestión habitual en el derecho anglosajón). Pero, entre nosotros, aquello rompe la estructura del sistema jurídico y arrebató a la potestad legislativa atribuciones que le son propias y excluyentes. Lo normal,

entonces, es admitir que, si bien la Constitución puede aplicarse en casos muy excepcionales a la solución de conflictos que nacen de las relaciones intersubjetivas, ella apunta su mandato a los órganos y poderes públicos.

Ahora bien, para fijar un límite a la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, en lo tocante al Estado, se distinguió originalmente entre **“actos de autoridad”** y **“actos de gestión”**. Al decir de un autor, *“En una primera etapa, particularmente en Francia, el elemento que se esgrimió para determinar el límite entre la jurisdicción común y la jurisdicción administrativa fue la diferencia teórica que se hizo entre los actos de autoridad y los actos de gestión. En los primeros, la Administración actúa en el ejercicio de una prerrogativa pública, por la vía del mando, imponiendo su voluntad a los administrados, como acto de autoridad, rigiéndose por su especial naturaleza por el Derecho Público Administrativo. Este tipo de actos escapa a la posibilidad de ser impugnados por los particulares en un juicio ante la justicia ordinaria y sólo podían ser revisados en un proceso ante la justicia administrativa, dependiente de la misma Administración. Los actos de gestión, en cambio, sí son impugnables, y sobre todo es posible condenar a la Administración en un proceso ante los Tribunales ordinarios de justicia cuando se trate de actos de carácter patrimonial. En ellos, la Administración Pública está actuando como gestor de un patrimonio y para ello realiza una serie de actos en los que se comporta de modo similar a los particulares, siendo su regulación la del derecho civil o común”*¹. Tal como reconoce el autor citado, la importancia de esta doctrina se fundaba en el reconocimiento de que el Estado se hallaba dotado de una personalidad *dual*, pública y privada, siendo irresponsable en ejercicio de la primera y responsable en el ejercicio de la segunda. Mundaca Assmussen (autor citado) agrega que *“Este elemento de distinción fue ampliamente superado por la doctrina europea aun antes de que se comenzara a aplicar en Chile, debido a que resultaba muy difícil, en aquel entonces y con mayor razón en la actualidad, efectuar una separación clara entre estos dos tipos de actos”*². En síntesis, la distinción mencionada no pasa de ser un primer intento por reconocer la responsabilidad extracontractual del Estado, pero debemos admitir que ella, en medida nada desdeñable, plantea el doble rol del Estado: cuando actúa como soberano –generando una relación jurídica de subordinación– y cuando actúa como sujeto de derecho común –generando una relación de coordinación–. Fundada en esta diferencia se ha propuesto uno de los “criterios de distinción” más convincentes entre derecho público y derecho privado, materia que excede con creces los fines de este trabajo.

A esta altura conviene preguntarse si las normas que habitualmente se citan para configurar un estatuto jurídico de carácter constitucional que regule

¹ Hans Mundaca Assmussen. *Responsabilidad del Estado por falta de servicio*. Editorial Libromar Ltda. Año 2001. Valparaíso, Chile, p. 49.

² Hans Muncada Assmussen. *Ob. cit.*, p. 51.

la responsabilidad extracontractual, efectivamente permiten sostener esta conclusión. Analicemos, entonces, lo previsto en los artículos 6° inciso 3°, 7° inciso 3° y 38 inciso 2° de la Constitución y los artículos 2°, 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Si se admitiese que efectivamente existe un estatuto especial que regula la responsabilidad extracontractual del Estado, se atribuiría a ésta, a lo menos, tres características especiales: sería **objetiva** (vale decir no requiere de un factor de imputación); sería **imprescriptible** (puesto que la Constitución no establece un plazo de prescripción extintiva); y de **causalidad material** y no normativa. Como resulta evidente, el Estado respondería, casi sin límite, de los daños que causa su actividad. Agréguese a lo anterior el hecho de que, en gran parte de los casos, el factor de imputación propio del ilícito civil sería sustituido por la “*falta de servicio*” por parte del Estado o de sus órganos.

Principiemos por analizar el **artículo 6° inciso 3°** de la Carta Fundamental. Esta disposición enuncia, en su inciso 1°, el llamado principio de juridicidad, conforme al cual “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional*”. Lo que este mandato expresa respecto de los órganos del Estado es también aplicable a los particulares, ya que todos, sin excepción, estamos sujetos a lo que ordenan la Constitución y las leyes, salvo, por cierto, al deber explícito de garantizar el orden institucional de la República. En inciso 2° expresa que “*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”. Lo anterior confirma que los órganos del Estado, sus titulares, sus integrantes y las personas en general están sometidos a lo ordenado en la Constitución, no existiendo diferencia entre ellos. Finalmente, el inciso 3° del mismo artículo 6° culmina señalando: “***La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley***”. O sea, las consecuencias que se siguen para los órganos públicos, sus integrantes, titulares y para las personas comunes por la violación de las normas jurídicas, son aquella contenidas en la ley. De lo dicho se infiere que la Constitución se remite expresamente a la ley en lo tocante a la responsabilidad y que es ella la encargada por el Constituyente de consagrar un sistema sancionatorio. ¿Puede invocarse el artículo 6° de la Carta Política para sostener la existencia de un estatuto especial de responsabilidad tratándose de los órganos del Estado? Creemos, francamente, que ello implica, al menos en lo que concierne a esta sola disposición, una contradicción evidente con la letra de un mandato expreso, que alude de la misma manera a los órganos del Estado como a todas las personas, instituciones o grupos. Lo que cabe destacar en este mandato, al igual que en otros que se analizarán más adelante, es el hecho de que la responsabilidad que genera la infracción de la norma se remite a la ley. Este es un aserto relevante, porque el Constituyente entendió que el “sistema de responsabilidad” (sus titulares, requisitos, efectos, modo de hacerla valer, extinción, etcétera) es una materia de dominio legal que escapa de la

reglamentación constitucional. Esta remisión debe relacionarse con lo prevenido en el artículo 63 N°2 de la Carta Política, conforme el cual son materias de ley aquellas que la Constitución exija que sean reguladas por este medio.

El **artículo 7°** de la Constitución desarrolla, todavía más, el llamado principio de legalidad, al someter a los órganos del Estado al ordenamiento jurídico, al limitar la autoridad y derechos de toda magistratura sólo a aquello que se le haya confiado expresamente en virtud de la Constitución y las leyes, y al disponer que ***“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señala”***. Vuelve el Constituyente a remitirse a la ley como instrumento llamado a consagrar el sistema de responsabilidades que corresponda. ¿Permite este mandato afirmar que la responsabilidad que deriva de la infracción de esta disposición está sujeta a un estatuto constitucional absolutamente diverso del estatuto de derecho común? Nótese que, invariablemente, la propia Constitución, al referirse en ciertas materias a las responsabilidades que se generan por la infracción de sus normas, envía la competencia al imperio legal. Por consiguiente, si existiere un estatuto jurídico especial sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, éste debería hallarse en leyes especiales, puesto que nada expresa al respecto el texto constitucional. Lo anterior se refuerza si se considera que algunas leyes contienen normas especiales, pero sólo aplicables a ciertas áreas de la actividad social, sin alcance general. No menos sorprendente resulta la incongruencia de sostener la existencia de un estatuto constitucional sobre una materia que la misma Constitución remite a la regulación legal.

Finalmente, quienes sostienen la existencia de un estatuto especial de rango constitucional en relación a la responsabilidad del Estado que nace de un ilícito civil, invocan lo dispuesto en el **artículo 38 inciso 2°** de la Carta Fundamental. Esta norma fue introducida en la reforma constitucional del año 1989 y tuvo por objeto dar competencia a los tribunales ordinarios para conocer del llamado “contencioso administrativo” que, hasta entonces, estaba reservado a tribunales especiales que no habían sido instalados. Su texto –luego de disponer que una ley orgánica constitucional determinaría la organización básica de la Administración Pública, garantizaría la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesionales en que ella debe fundarse, asegurando, asimismo, la igualdad de oportunidad de ingreso a ella, como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes– expresa lo siguiente: *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*. Como puede comprobarse, tampoco esta norma establece un régimen de responsabilidad extracontractual especial respecto de la Administración, ni alude a un estatuto diferente del consagrado en el derecho común. Por consiguiente, parece evidente que el inciso 2° del artículo

38 es una *norma de competencia*, absolutamente ajena a la consagración de un régimen especial de responsabilidad extracontractual del Estado. Surge de la interpretación de esta norma otra contradicción.

En efecto, cabe observar que pocos parecen reparar en el hecho que la disposición invocada hace alusión a la "*persona lesionada en sus derechos*", lo cual supone la afectación de un derecho subjetivo³. Sin embargo, entendemos que la responsabilidad extracontractual consagrada en el derecho común (civil) alcanza a la *lesión de un mero interés legítimo*, aun en el supuesto de que éste no se halle protegido por el derecho positivo (caso en el cual se transforma en derecho subjetivo). De aquí que hayamos sostenido "*que el daño, como elemento constitutivo de un ilícito civil, consiste en la lesión, menoscabo, pérdida, perturbación o molestia de un interés, así éste se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico*"⁴. En el mismo sentido se pronuncia José Luis Diez Schwerter, quien concibe el daño, como elemento de la responsabilidad extracontractual, "*como todo menoscabo, detrimento, lesión, molestia o perturbación a un simple interés del que sea titular una persona o la situación de hecho en que ésta se encuentre. Criterio concordante con el sentir de Peirano Facio, para quien daño simplemente es 'la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo'*"⁵. De la sola lectura del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, se sigue que la responsabilidad extracontractual del Estado estaría limitada a la lesión de un derecho y no alcanza a la lesión de un simple interés, razón por la cual su ámbito de aplicación es más limitado que el establecido en el derecho común. Lo anterior se estima justo, porque el Estado, al aplicar las políticas públicas, lesiona muchos intereses ante la necesidad de seleccionar aquellos que deben ser amparados y convertidos en derechos subjetivos. La cuestión que comentamos es compleja y merecerá en el futuro una mayor profundización. Por el momento dejemos planteado el problema y la circunstancia de limitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, en desmedro del dañado.

La única norma que derechamente entra a la determinación de la responsabilidad del Estado con un signo propio, está contemplada en el **artículo 19 N° 7 letra i)** del texto constitucional. Se trata de la regulación del "derecho a la libertad y la seguridad individual", materia especialmente sensible en un

³ Entre los autores que se pronuncian al respecto cabe señalar a Hans Mundaca Assmussen, quien señala a este respecto: "Enfrentado derechamente el tema, podemos afirmar que la responsabilidad de la Administración es por **lesión a los derechos**, ellos conforme a su tenor literal, lo que importa, entonces, admitir un sentido jurídico al concepto de daño, es decir, restringiendo, de manera que no toda afectación por parte de la Administración ha de ser indemnizada, sino sólo la que suponga una lesión a un derecho del particular". Ob. cit., p. 66.

⁴ Esta cita corresponde a nuestro libro *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1999. Primera Edición, p. 259.

⁵ José Luis Diez Schwerter. *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1998, p. 24.

régimen democrático. Dicha disposición reza como sigue: *“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”*. La norma transcrita se funda en una sentencia o resolución *“injustificadamente errónea o arbitraria”*, lo cual obliga a preguntarse si ello implica una categoría especial de culpa y, en tal caso, si dicha categoría tiene un alcance general en lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado o debe limitarse a lo preceptuado en la Constitución, esto es, al caso específico de un sobreseimiento o absolución derivado de un procesamiento (hoy día formalización) o condena injustificadamente errónea o arbitrario. A nuestro juicio, la mención de una resolución o condena de esta naturaleza no importa la introducción de una nueva categoría de culpa. Se trata, simplemente, de la culpa propia del ilícito civil, vale decir, de la falta de diligencia y cuidado que, conforme los estándares generales, es exigible, en este supuesto, a quienes ejercen la jurisdicción (jueces y ministros de Corte). Por lo tanto, lo *“injustificadamente erróneo o arbitrario”* corresponde a la negligencia, imprudencia e impericia con que un magistrado judicial ejerce sus funciones. No se trata, entonces, de un tipo diferente de culpa ni del agravamiento de la misma, como pudiera pensarse. Nótese que la particularidad de esta norma se hallaría en el adjetivo calificativo *“injustificado”*. Conforme los estándares generales de diligencia y cuidado aplicables a los jueces, se excluye de su parte la comisión de errores que no puedan explicarse razonablemente ni muchos menos un proceder caprichoso y carente de juicio y equilibrio. En el supuesto de que se pretendiera dar a esta categoría (*“injustificadamente errónea o arbitraria”*) un sentido diferente del que corresponde a la culpa extracontractual, tampoco es posible, creemos nosotros, extrapolarla a otras situaciones, puesto que la norma constitucional que comentamos es excepcional, está referida a una hipótesis singular que describe el comportamiento de quienes por su experticia y capacidad son titulares de una potestad pública, y a un hecho de especial proyección en el funcionamiento de la judicatura. Por ende, el artículo 19 N° 7 letra i) de la Ley Suprema no permite deducir la existencia de un estatuto especial de rango constitucional sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Si el constituyente estimó conveniente reglamentar la responsabilidad derivada del ejercicio de la jurisdicción –sin perjuicios de los delitos asociados a ella– dándole un alcance subjetivo y aludiendo a la culpa del autor del daño, no resulta razonable sostener que la regla general es diferente y más estricta o que está sujeta a un estatuto especial que no se señala sino que se deduce. En otras palabras, si el Constituyente se abocó a la regulación de una situación específica en que está comprometida la responsabilidad del Estado, dándole un tratamiento especial, ello revela que en los demás casos deben aplicarse las normas del derecho común si, como está demostrado, se omitió a su respecto toda otra reglamentación.

y no es
nueva
categoría
de culpa

No piensa lo mismo Eduardo Soto Kloss, para quien *“Respecto de la responsabilidad del Estado por el llamado **error judicial y en materia penal**, el constituyente ha estimado del caso arbitrar un régimen jurídico específico (artículo 19 N° 7 letra i) y particular, que obviamente no excluye el régimen general respecto a los daños que la actividad jurisdiccional produzca al realizarse, incluido el ocasionado por el denominado ‘error judicial’, si se estimare éste menos eficaz”*⁶.

De lo invocado en lo precedente, se sigue que la Constitución no contiene reglas especiales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y que, claramente, se remite a la ley toda vez que se alude a ella o a sus funcionarios. Carece de asidero, entonces, la pretensión de construir un estatuto constitucional sobre este tipo de responsabilidad basado en el texto de la Carta Política. Invariablemente, los artículos 6° inciso 3°, 7° inciso 3°, 38 inciso 2° y 19 N° 7 letra i), aluden, directa o indirectamente, a la ley en lo relativo a esta materia (responsabilidad), no dejando margen a la idea de configurar una normativa especial nacida al amparo de tan alto rango.

Nuestra primera conclusión, en consecuencia, podría sintetizarse diciendo que **la Constitución no contiene un estatuto especial sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y que ella, por mandato expreso del propio constituyente, debe estar reglamentada en la ley**⁷.

Cabe destacar la posición opuesta a nuestra conclusión del profesor Eduardo Soto Kloss. Su planteamiento consiste en una construcción jurídica unitaria, fundada en varias disposiciones de carácter constitucional de las cuales se *deduce*, según él, un estatuto especial del mismo rango, sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Luego de examinar los artículos 4°, 5° inciso 2°, 1° inciso 4°, 6°, 7°, 19 N°s. 2, 20, 21 y 24, concluye diciendo: *“Ahora bien, todo daño, cualquiera que sea el órgano del Estado que lo haya producido, ocasionado o provocado, y cualquiera sea la naturaleza del daño, significa o es un **detrimento** de la esfera jurídica de un sujeto, sea éste natural o jurídico; es decir un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de lo suyo, y veíamos que la*

⁶ Eduardo Soto Kloss. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo II. Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile. Año 1996, p. 297.

⁷ En el mismo sentido se pronuncia Hernán Corral Talciani en su artículo “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen constitucional o régimen civil?” Cuadernos de Extensión Jurídica N°7, Universidad de Los Andes. Año 2003. Capítulo III., p. 29. A este respecto dice: “...el Constituyente ha sido cuidadoso en señalar que la contravención al principio de juridicidad no da lugar a una responsabilidad en particular (política, penal, disciplinaria, civil) sino aquellas que la ley determine o señale. Si el mismo texto constitucional comete al legislador el señalar cuándo y cómo se generará la responsabilidad civil en estos casos, ¿con cuánta mayor razón no habrá que convenir que la regulación específica de esa responsabilidad es también materia de ley?”. El mismo trabajo cita, como respaldo jurisprudencial a este planteamiento, la sentencia de la Corte Suprema de 20 de abril de 2003, publicada en la Gaceta Jurídica N° 274, p. 59, según la cual “...si bien los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de responsabilidad del Estado, de modo alguno establecen cuál es la naturaleza de esa responsabilidad, remitiendo a la ley su determinación”.

*Constitución establece –y como una de las bases fundamentales del ordenamiento constitucional– el que ‘nadie puede, en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio’ sino en los casos que ella misma dispone y en la forma, condiciones y requisitos que al efecto determina. Un daño producido, pues, por la actividad de los órganos del Estado –cualquiera sea– y que no esté cubierto por la preceptiva constitucional, esto es, porque no es de los casos en que la Constitución se coloca, genera responsabilidad –por significar una infracción a la Constitución– y, en consecuencia, debe ser indemnizado total e íntegramente, a fin de restituir a la víctima en la situación que se encontraba antes de sufrir ese daño antijurídico, daño que no estaba jurídicamente obligada a soportar”⁸. Al analizar las características de la responsabilidad del Estado, el autor citado pone especial acento en el hecho de que se trata de una *responsabilidad constitucional*, basada en la supremacía constitucional, opuesta, absolutamente, a la *responsabilidad civil*. El esfuerzo de Eduardo Soto Kloss apunta, como puede constatarse, a la deducción o desprendimiento, por la vía interpretativa, de un estatuto jurídico especial, de la más elevada jerarquía, que se caracterizaría por tratarse de la *responsabilidad de una persona jurídica* (el Estado) y no de una persona natural, siendo, por lo mismo, inaplicable la estructura subjetiva de la responsabilidad civil construida sobre a base de la culpa y el dolo (factores de imputación); de *naturaleza objetiva*, ante la imposibilidad técnica de estructurarla sobre la base del dolo o la culpa; fundada en la *causalidad material; directa*, ya que no emana del hecho de un tercero; *regida por el derecho público*, llamado a regular la actividad del Estado en función del bien común; e *integral*, en cuanto propone la reparación de todo daño causado.*

Creemos que las conclusiones antes descritas no pueden desprenderse de una serie de artículos y disposiciones constitucionales llamados a ser desarrollados y ejecutados a través de la potestad legislativa, como, por lo demás, se halla dispuesto en la mayor parte de las disposiciones invocadas. El acento que se pone en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental nos parece excesivo, ya que la expropiación no es más que un causa legítima de transferencia forzosa al Estado del dominio de un bien, en razón de utilidad pública o interés nacional calificada por el legislador (la ley), previo pago de la correspondiente indemnización. Asimismo, es la ley la llamada a establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social del dominio. Si la Administración responde ante quien sufre un daño, ello es consecuencia de un acto antijurídico, contrario a derecho, que, a juicio nuestro, corresponde al incumplimiento de una obligación preexistente. Tratándose de una limitación impuesta en la ley al dominio, ni el afectado pierde sus derechos, ni es objeto de un acto antijurídico, puesto que la limitación al dominio corresponde a un actuar legítimo de la autoridad. Como se verá más adelante, en este supuesto, la jurisprudencia

⁸ Eduardo Soto Kloss. Ob. cit., p. 299.

ha reconocido el derecho a ser indemnizado de los perjuicios efectivos que se siguen de la imposición de una limitación al derecho de propiedad.

Por otra parte, un estatuto sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, creemos nosotros, no puede tener su origen en una deducción interpretativa. Si el constituyente hubiere pretendido generar un sistema de responsabilidad constitucional respecto del Estado, lo habría manifestado claramente o hubiere arbitrado las medidas para alcanzarlo sin reiterar su remisión al imperio legal. La circunstancia de que la Constitución no contenga un estatuto sobre la responsabilidad extracontractual del Estado no autoriza al intérprete a construirlo recurriendo a un recurso interpretativo, tanto más cuanto que ello es un claro índice de que en esta materia la Carta Política se remite a la regulación legal. Las normas del Código Civil, como tantas veces se ha destacado, tienen un carácter general y supletorio, que permiten aplicarlas en todos aquellos casos en que existe una laguna legal o, como en este caso, una remisión expresa del constituyente a la ley.

Raúl Letelier Wartenberg ha señalado que la doctrina que objetamos sobre la responsabilidad estatal *“conllevaría una suerte de carga de legalidad, basada en el principio de supremacía constitucional, y en virtud de ella es que se pretende dar a la acción estatal una regulación indemnizatoria distinta”*. Agrega, acto seguido, que *“Sin embargo, esta opinión parece olvidar que la supremacía constitucional, más que una carga estatal, es carga general del sistema jurídico, y que sólo forzosamente puede asignársele en forma única y exclusiva al Estado. Como ya mencionamos, el art. 7° inciso 2° de la CPR establece que ‘ninguna persona ni grupo de personas’ ‘puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes’*. La legalidad es entonces carga general, y por ende todo el que la infrinja, sea particular, sea un órgano estatal, debe responder⁹. La responsabilidad derivada de una carga general de legalidad, que pesa por igual sobre las personas jurídicas y naturales, como lo previene expresamente el artículo 6° de la Constitución, no permite deducir la existencia de estatuto especial de tan diversa índole sobre la responsabilidad de los particulares y la responsabilidad del Estado.

II. ¿Existe un estatuto legal especial sobre la responsabilidad extracontractual del Estado?

De lo que llevamos expuesto se sigue la necesidad de indagar si existe un estatuto legal sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto

⁹ Raúl Letelier Wartenberg. “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Artículo publicado en *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Metropolitana. Año 2009, pp. 188 y 189.

que la Constitución, en esta materia, contiene una remisión expresa al imperio de la ley. Sobre este punto deben analizarse, a lo menos, dos leyes de particular importancia: la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

La primera contempla tres disposiciones íntimamente relacionadas con esta materia: los artículos 2°, 4° y 42.

El artículo 2° de la Ley N°18.575 reproduce en parte los artículos 6° y 7° de la propia Constitución, al prescribir que: *“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”*. Nótese que esta norma debe entenderse en el sentido que la responsabilidad del Estado se hace valer por las *“acciones y los recursos correspondientes”*. Forzoso es reconocer, entonces, que no hay mandato alguno que permita dar a la responsabilidad del Estado un tratamiento especial diferente del que emana del derecho común.

El artículo 4° de la Ley N°18.575 trata directamente sobre la responsabilidad del Estado, al manifestar que *“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”*. El principio que, a nuestro juicio, se consagra en este artículo podría expresarse diciendo que el Estado responde de los daños que *“causen”* sus órganos, vale decir, aquellos daños que sean provocados por hecho o culpa de dichos órganos, lo cual excluye una supuesta *“responsabilidad objetiva”*. Explicaremos más adelante que puede imputarse un factor de atribución (culpa o dolo) a una persona jurídica, la cual se hace valer a través de sus personeros, esto es, de las personas que la representan. De lo anterior se sigue, además, que la relación de causalidad es requisito esencial de la responsabilidad, ya que el daño debe provenir, necesariamente, de lo obrado (activa o pasivamente) por los órganos del Estado. Desde otro punto de vista, es bien obvio que el Estado responde por la conducta de sus funcionarios en el ejercicio impropio de sus actividades como tales, cuestión que se desprende de la regla general de que las personas jurídicas responden por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio de sus respectivas funciones (principio recogido especialmente en el artículo 2322 del Código Civil). Lo que señalamos queda de manifiesto si se considera que la responsabilidad del Estado convive y parece ser la misma que pesa sobre el funcionario causante directo del daño, según se desprende del tenor literal de la norma que analizamos. Lejos de invocarse esta disposición como fundamento de un tipo

de responsabilidad especial, ella más bien sirve para demostrar lo contrario, puesto que la responsabilidad de los órganos del Estado se concibe unida y *"sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado"* (los daños).

Con todo, el mayor énfasis se ha puesto siempre en el actual artículo 42 de la Ley N° 18.575, cuyo tenor es el siguiente: *"Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal"*. Se trata, a nuestro juicio, de un tipo de responsabilidad derivada de una causa precisa: la **falta de servicio**, concepto que se extrae del llamado **"principio de servicialidad"**, consagrado en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución, según el cual *"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 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"*. En verdad, no se advierte, en esta disposición, ningún elemento que permita sostener la existencia de un régimen jurídico especial aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado. Lo que sí está presente es una referencia al deber de servicialidad del Estado, recogido en el citado artículo 1° de la Carta Política, describiéndose, para estos efectos, una obligación específica que, por cierto, debe hallarse impuesta expresamente y que en nada contradice el estatuto general de la responsabilidad extracontractual contenido en la legislación común. A propósito de esta disposición, debe reconocerse que el artículo 42 de la Ley N° 18.575 incorpora un concepto jurídico que, como lo analizaremos más adelante, trasciende todo lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, al invocarse **"la falta de servicio"**. Este concepto, creemos nosotros, ha sido, en general, mal interpretado, aun cuando su sentido resulta perfectamente claro, como comentaremos en lo que sigue.

Sobre la historia fidedigna del establecimiento de los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, se ha destacado la ausencia de antecedentes que permitan indagarla con precisión. A este respecto Pedro Pierry escribe lo siguiente: *"Es necesario resaltar, en los términos más categóricos, cuál fue la intención de los redactores de la norma, para poder darle un sentido armónico, y para ello nada más ilustrativo que recurrir a la única fuente de la historia de la ley, que es el informe por el que la Comisión remitió el proyecto al Presidente de la República, mencionado anteriormente. En dicho informe página nueve se expresa: 'El artículo 3 (actual artículo 4) del anteproyecto reproduce el principio de responsabilidad del Estado por los daños que los órganos de la administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que hubiere causado el daño'. En consecuencia, cabe aplicar aquí la regla general sobre indemnización por los daños que cause la Administración"*

*debiendo determinarse, en cada caso, por los tribunales competentes, si ella actuó con dolo o culpa*¹⁰.

Por último, entre las leyes en que se funda un régimen especial de responsabilidad del Estado, se cita el artículo 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto reza como sigue: *“Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal”*. Nótese que esta norma menciona un principio general, al declarar que las municipalidades responden por los daños que causen –lo cual implica extender a estos entes públicos un deber que pesa sobre cualquier persona en la vida social–, haciendo hincapié en que dicha responsabilidad se extiende a la *“falta de servicio”*. Al recalcar el derecho de las municipalidades a repetir en contra del funcionario que *“incurre en falta personal”*, reafirma que la responsabilidad es subjetiva, puesto que ella está fundada en una *“falta”*, lo que hace suponer un acto negligente, imprudente o inexperto, conductas todas típicas de la culpa civil. El artículo 142 de la Ley de Municipalidades no es más que la reiteración de los artículos 42 de la Ley N°18.575 Sobre Bases Generales de la Administración del Estado y el artículo 38 inciso 2° de la Carta Constitucional. Siempre se reconoce al Estado el derecho de perseguir el resarcimiento por parte del funcionario o agente que causa el daño, lo cual demuestra que tras la responsabilidad del Estado subyace siempre un acto ilícito que, a falta de norma que lo regule especialmente, está sometido al imperio del derecho común.

Como puede observarse, carece de todo asidero la existencia de un estatuto legal especial de carácter público que regule la responsabilidad extracontractual del Estado, como equivocadamente se ha pregonado. En esta materia no visualizamos una diferencia entre la responsabilidad regulada en el Título XXXV del Libro 4° del Código Civil y la que cabe a los entes públicos cuando sus agentes o funcionarios causan daño por un hecho doloso o culpable.

Cabe preguntarse: ¿por qué razón puede sostenerse la aplicación del estatuto común de responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado? La respuesta es clara: i) porque a falta de una regulación especial, el Código Civil suple la ausencia de dicha normativa, dado el carácter supletorio reconocido en el artículo 4° del mismo Código; ii) porque donde existe la misma razón debe existir la misma disposición; iii) porque si el constituyente estimó que el Estado estaba afecto a responsabilidad, la falta de un estatuto especial no puede impedir que aquélla se haga efectiva, debiendo, sin perjuicio de aplicarse la normativa supletoria ya

¹⁰ Pedro Pierry Arrau. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Varios autores. Artículo “Responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”. Monografías Jurídicas Universitarias. Editorial Metropolitana. Año 2009, p. 51.

indicada, llenarse una supuesta “laguna legal” recurriéndose a la analogía (lo cual nos remite necesariamente a la reglamentación general a que están afectos los particulares); iv) porque la responsabilidad del Estado derivada de un hecho ilícito que supone la intervención culpable del agente que causa daño, lo cual está reglamentado en el Código Civil; v) porque la responsabilidad del Estado no es ni más ni menos estricta que la que corresponde a los demás sujetos de derecho, sin perjuicio de ciertas particularidades derivadas de los fines propios del Estado; vi) porque las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil permiten proteger a las personas en general, remediando los daños causados por la falta de diligencia y cuidado de los agentes públicos; vii) porque al no establecerse un estatuto especial para encarar la responsabilidad del Estado, tanto el constituyente como el Legislador dejaron entregada esta materia a la regulación aportada por el derecho común; viii) porque al aludirse constantemente al derecho del Estado de repetir contra el funcionario que provocó el daño, ha quedado testimonio elocuente de que tras la responsabilidad del Estado subyace siempre un ilícito civil; ix) porque la existencia de un estatuto de responsabilidad objetiva –como se pregona por algunos comentaristas– exige una declaración formal y explícita de que la reparación del daño procede sin que sea necesaria la concurrencia de un factor de imputación, lo cual, en lo que dice relación a la responsabilidad del Estado, no se advierte en parte alguna; x) porque, de la misma manera, sostener que la responsabilidad del Estado es imprescriptible presupone una norma que así lo declare expresamente –atendido el hecho de que la prescriptibilidad es un principio general–, la cual no existe en nuestro ordenamiento jurídico; xi) finalmente, porque los actos a través de los cuales el Estado desarrolla su actividad y en los que tiene origen la responsabilidad extracontractual, se ejecutan por agentes que intervienen en el ámbito social con el mismo celo y diligencia que pesa sobre particulares (estándares generales de diligencia y cuidado).

En otras palabras, no es suficiente argumentar en el sentido de que lo público y lo privado no puede confundirse, dando por sentado que lo previsto en el derecho común nunca es aplicable en campo del derecho público. Más bien, por el contrario, la unidad y coherencia del sistema jurídico apunta en una dirección distinta, haciendo posible proyectar las instituciones del derecho privado como elemento supletorio de la legislación que regula los actos de la Administración. Es incuestionable, por otra parte, que cada día es más difusa la distinción entre derecho público y derecho privado y que existen zonas en que es extremadamente difícil justificar la diferencia.

Hernán Corral Talciani caracteriza dos tipos distintos de leyes, aquella que llama “*especiales de responsabilidad del Estado*” (Ley N° 18.575 y N° 18.965) y aquellas que denomina “*sectoriales de responsabilidad*” (Ley del Tránsito N° 18.290 respecto de la responsabilidad del propietario del vehículo, Ley de Seguridad Nuclear N° 18.302, Ley de Navegación D.L. N° 2.222, que se refiere

a la responsabilidad por derrame de hidrocarburos en aguas sometidas a la jurisdicción nacional, Código Aeronáutico Ley N° 18.916, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300, que regula la responsabilidad por daños medioambientales). Estas últimas contienen ciertas hipótesis, aplicables a la responsabilidad del Estado, que darían pie a sostener una cierta singularidad que difiere del derecho común. En realidad no advertimos ninguna diferencia que avale una distinción importante, puesto que, como lo señala el mismo autor, las *leyes sectoriales de responsabilidad* “regulan ciertas actividades que pueden ser desempeñadas tanto por privados como por órganos públicos”¹¹. Por lo tanto, este tipo de leyes, si bien pueden alterar algunas normas del estatuto común sobre la responsabilidad, no son propias y exclusivas de la actividad del Estado. Lo que más interesa en este tipo de legislación especial es el carácter objetivo que se da en ciertas hipótesis específicas de responsabilidad. Sin embargo, ello ocurre tanto respecto del Estado como de los particulares.

Por último, sobre este punto, hay que dejar sentado que tampoco cabe sostener que la relación causal, tratándose de la responsabilidad del Estado, debe apreciarse “materialmente” y no “normativamente”, como lo dispone el estatuto civil. Lo anterior no es más que una consecuencia necesaria de aquello que proclaman los juspublicistas, en el sentido que la responsabilidad extracontractual del Estado sería objetiva, lo que, como se señaló en lo precedente, no tiene, a nuestro juicio, asidero o fundamento jurídico de ninguna especie.

III. ¿Qué hay de especial en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado?

Cabe preguntarse, entonces, qué hay de especial en lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, o qué ha llevado a sostener la supuesta consagración de un estatuto independiente y absolutamente ajeno al establecido en el derecho común. Nosotros creemos ver cinco singularidades que le dan una cierta fisonomía propia y que merecen un llamado de atención, aun cuando no alteran en absoluto, como lo demostraremos, los parámetros básicos de la responsabilidad consagrada en el estatuto de derecho común. Estas cinco aristas peculiares son: **responsabilidad directa del Estado** (excluyendo la llamada responsabilidad vicaria); **presunción especial de culpa en relación exclusivamente a la responsabilidad por “falta de servicio”**; tipo de **responsabilidad de dos orígenes** (por falta de servicio y por hecho personal imputable al Estado); **relación de causalidad normativa tratándose de “falta de servicio” y de “falta personal” del funcionario público**; y **derecho de reembolso de la Administración**. Abordaremos, en las siguientes páginas, cada uno de estos rasgos especiales.

¹¹ Hernán Corral Talciani. Ob. cit., p. 36.

1. Responsabilidad directa del Estado

En primer lugar, creemos que entre el estatuto común y la responsabilidad extracontractual del Estado surge una diferencia importante. Mientras en el Código Civil se configura una responsabilidad indirecta (mal llamada por hecho de terceros) que surge, a nuestro juicio, de la falta de vigilancia y cuidado de un dependiente, pupilo o subordinado (artículos 2320, 2321 y 2322 del Código Civil), tratándose de la responsabilidad del Estado por hechos de sus dependientes, la responsabilidad es **directa** y se considera como si el daño hubiere sido causado por el Estado sin que interese la intermediación de un subordinado (empleado público). La responsabilidad, por consiguiente, no se funda en la falta del deber de custodia, sino en la operación del servicio. Como lo explicaremos más adelante, lo anterior no obsta a que pueda accionarse, también, contra el funcionario cuando sea posible identificarlo y atribuirle el daño, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del Estado.

Recordemos que nuestro Código Civil, en el artículo 2320, hace responsable a una persona no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de quienes estuvieren a su cuidado (así los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en su misma casa; los tutores y curadores, de la conducta de los pupilos que viven bajo su dependencia y cuidado; los jefes de colegio y escuelas, del hecho de sus discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes en el mismo caso). No se trata de responder del hecho ajeno, sino del hecho propio, esto es, de la falta de la vigilancia y el cuidado que deben ejercer sobre sus subordinados, pupilos y dependientes. Lo que señalamos queda plenamente corroborado por el hecho de que en el inciso final de esta disposición –artículo 2320– agrega: *“Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”*. O sea, lo que se sanciona imponiendo responsabilidad es la renuencia a ejercer el deber de supervisión y control sobre quien está bajo su cuidado. Si, con la autoridad que confiere la ley, no ha podido evitarse el daño, no cabe la responsabilidad del cuidador, precisamente porque no puede imputársele descuido o falta de vigilancia.

Lo propio ocurre respecto del empleador que responde de la conducta de sus dependientes. El artículo 2322 dice, evocando un lenguaje ya obsoleto, que *“Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista”*. El inciso 2° de la misma norma agrega: *“Pero no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. En este caso la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes”*. Como



puede constatarse, el principio es el mismo. La responsabilidad del empleador se hace efectiva porque no ha ejecutado, con el cuidado y la diligencia debidos, el deber de supervisión y control sobre el dependiente, facilitando con ello la producción del daño.

Lo prevenido en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, no obstante su fundamento, no tiene aplicación cuando se trata de la responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual le está vedado a la Administración exonerarse de responsabilidad probando haber ejercido todas las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico para evitar un ejercicio indebido o impropio de las funciones de sus dependientes (funcionarios). Lo que señalamos se basa en la disposición del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, cuando faculta a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o municipalidades, para reclamar las indemnizaciones que procedan. Pueden citarse, además, los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, Sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que consultan una acción directa contra el Estado, absolutamente independiente del poder de control que pueda ejercerse sobre los funcionarios públicos. Lo propio ocurre respecto de las municipalidades conforme el artículo 142 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual del Estado es **directa** y no proviene, como ocurre en la mal llamada responsabilidad por hecho de terceros, de los daños provocados por sus dependientes (funcionarios). La actividad dañosa del empleado debe considerarse como acción del Estado mismo, sin que le asista el derecho de probar que ha adoptado todas las medidas racionalmente idóneas para evitar o prevenir el daño. En esta área de la responsabilidad, sólo corresponde al Estado ejercer su derecho de repetir contra el autor material del daño lo pagado en razón de él.

Existe, a juicio nuestro, una perfecta concordancia entre las disposiciones citadas (artículos 6°, 7° y 38 inciso 2° de la Constitución y artículos 2°, 4° y 42 de la Ley N°18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado), pero en el sentido de que la responsabilidad de que hablamos es **directa**, en cuanto afecta a la Administración sin que sea necesario alegar una falta funcionaria. Como es obvio, toda persona jurídica actúa en la vida social por medio de sus representantes y mandatarios. Pero, tratándose del Estado, aquellos quedan subsumidos en su estructura y organización, como si no existieran a la hora de responder de los perjuicios que causan los servicios y organismos del mismo. Con todo, puede el dañado, como se dijo, accionar contra el autor material del daño, porque se trata de un derecho que le reconocen la Constitución y la ley. Concordamos, en este punto con Eduardo Soto Kloss, cuando escribe: *"En razón de ser una responsabilidad de una persona jurídica, se trata de una **responsabilidad directa**, por el hecho de la persona jurídica, y no*

por la actividad de un tercero (responsabilidad llamada indirecta o por el hecho de otro) como sería de sus empleados o dependientes. Y ello trae su fundamento de la propia preceptiva constitucional (artículo 38 inc. 2° frase final) ya que la Constitución distingue muy bien entre la responsabilidad del Estado (su Administración, orgánicamente comprendida) por el daño que produzca la actividad o inactividad (omisión) de sus órganos, y la del 'funcionario que hubiere causado el daño', que ésta es personal (y subjetiva) del empleado que material y tácticamente lo ha producido por su acto, hecho u omisión. Lo repetirá en igual sentido la Ley N°18.575/86 en su art. 4° frase final, y dará acción (en su art.44) para que el propio Estado repita en contra de ese funcionario si hubiere éste actuado con 'falta personal'¹².

Conviene sí despejar que lo anterior no implica admitir, de modo alguno, el establecimiento de un caso de responsabilidad objetiva. Si bien puede no interesar la conducta del funcionario que causó el daño —**puesto que la responsabilidad es directa y se atribuye al Estado**—, para que ella surja será necesario que **exista culpa del Estado, cuestión que, como demostramos, tiene reglas especiales**. Tampoco lo anterior implica desconocer que, en casos muy calificados, puede invocarse la responsabilidad objetiva del Estado, pero, para que tal ocurra, es necesario que exista un texto legal expreso que así lo determine, y que imponga este tipo extremo de responsabilidad al órgano público. Nada extraño tiene lo anterior, si se considera que lo propio puede decirse respecto de un particular.

La diferencia que observamos no deja de ser importante, si se tiene en cuenta que muchos de los daños de que responde el Estado son causados por actividades que resultan difíciles o imposibles de controlar y evitar. Tampoco puede negarse que la excepción contemplada en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil se funda en el hecho de que la responsabilidad nace, no del hecho del tercero, sino del hecho propio, esto es, en dejar de ejercer el deber de cuidado que la ley impone a ciertas personas.

2. Responsabilidad por "falta de servicio"

La segunda cuestión medular en esta materia, sin duda la más característica e importante, consiste en establecer qué debe entenderse por "**falta de servicio**" y si la responsabilidad que ella genera es objetiva o subjetiva. En el primer caso, nos hallaríamos ante una situación en que para reclamar la reparación de los perjuicios sólo sería necesario acreditar el hecho dañoso y la relación de causalidad material con el daño producido. En el segundo caso, sería necesario fundar la pretensión indemnizatoria en un factor de imputación (dolo o culpa).

¹² Eduardo Soto Kloss. Ob. cit., p. 310.

Comencemos por señalar que hay “*falta de servicio*” cuando un órgano público, obrando contra derecho, no ha funcionado debiendo hacerlo, cuando el servicio ha funcionado defectuosamente o lo ha hecho con retardo, causando daño al administrado. Por consiguiente, para que pueda representarse la “*falta de servicio*” será necesario acreditar que, contrariando el ordenamiento jurídico, ha habido una indebida paralización del servicio público, o su funcionamiento ha sido irregular, o su funcionamiento fue tardío o extemporáneo en relación a la necesidad llamada a satisfacer. De lo anterior habrá de seguirse un perjuicio causalmente ligado a cualquiera de estas irregularidades en el desempeño y funcionamiento del servicio público.

La conceptualización de “*falta de servicio*” adolece en la doctrina de una insuficiencia esencial. En efecto, se omite una consideración expresa a la **antijuridicidad**, esto es, al hecho de que la “*falta de servicio*” debe provenir de una conducta contraria a derecho, sea material o formalmente (contradicción del acto con el sistema jurídico como un todo o con una norma expresa del mismo). Es evidente que la ausencia del servicio está referida al incumplimiento de un deber que la Administración estaba jurídicamente obligada a cumplir. Lo propio puede decirse respecto del funcionamiento defectuoso de la Administración y del retardo que causa el daño. La Administración se rige por un estatuto jurídico del cual se desprende cuándo, cómo y en qué momento debe actuar, desplegando el comportamiento de cuya infracción se deduce la “*falta de servicio*”. Si el ordenamiento jurídico no impone a la Administración el deber de actuar, mal puede imputársele la falta de un servicio que no estaba llamada a prestar. De aquí que se haya discutido si la actividad lícita del Estado puede considerarse fuente de responsabilidad.

Quienes afirman que hay responsabilidad del Estado cuando éste obra lícitamente recurren, entre otros, al denominado fallo “*Comunidad Galletué*”¹³. Esta sentencia, pronunciada por la Corte Suprema, que se ha hecho clásica, sienta una frágil doctrina, puesto que fue adoptada por tres votos contra dos, y se sintetiza en la siguiente forma: “*La Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, flora y las bellezas escénicas de América, si bien en una primera etapa constituyó una proposición y recomendación a sus gobiernos, una vez aprobada por el Congreso y ordenada cumplir como ley de la República, sus disposiciones o acuerdos pasaron a formar parte de la legislación nacional, con el carácter de ley, de modo que es una ley la que acepta que se protejan especies de la fauna o de la flora y aun en forma absoluta, teniéndolas como inviolables, si se las declara monumento natural. El Decreto Supremo N° 29 del año 1976 del Ministerio de Agricultura, puso en ejecución la ley señalada precedentemente, singularizando una especie de la flora chilena, a la araucaria araucana, como tal*

¹³ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 84, 2ª parte, sección 1ª, pp. 117 y ss. Sentencia de 7 de agosto de 1984.

monumento natural y por tanto absolutamente protegida. La prohibición inserta en el referido Decreto Supremo no tiene el alcance de una expropiación, se trata sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en la autorización de la ley, acorde con el inciso 2° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado. Esta última nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera, ya que se sustenta en la equidad y la justicia y por lo tanto tampoco infringe el artículo 1437 del Código Civil”.

En verdad, nosotros no asignamos a esta sentencia la importancia que se le ha dado. La explicación jurídica más factible de dicha decisión judicial debe fundarse, a nuestro juicio, en la integración de una *laguna legal*, puesto que la Administración, si bien obraba en ejercicio de las facultades que le corresponden (ratificación de un convenio internacional), limitó los atributos del dominio (al impedir a sus dueños explotar los bosques de araucaria araucana), colocándose, respecto de ellos, en una situación antijurídica (contravención al inciso 3° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República). En tal caso, estaba obligada a indemnizar los perjuicios, integrándose la respectiva laguna legal, puesto que nada se señala en la Carta Fundamental a este respecto. Por lo mismo, debió recurrirse a la analogía (lo cual no es difícil en presencia del artículo 45 inciso 2° de la Constitución, que contempla una situación en todo semejante, tratándose de las indemnizaciones que deben pagarse cuando se imponen limitaciones al derecho de propiedad durante un estado constitucional de excepción), a los principios generales de derecho y a la equidad natural. Igualmente atendible es la posibilidad de considerar derechamente –aun cuando se contradiga lo señalado por la Corte Suprema– que se trata de una expropiación irregular, opinión que sustenta Hans Mundaca, que sobre el particular, refiriéndose al fallo aludido, dice: *“Resulta interesante la argumentación del fallo y sus contenidos, pero en verdad, no es la única forma de entender la cuestión, a nuestro juicio en Comunidad Galletué con Fisco sí hubo expropiación, desde el momento que se privó a la titular del predio de la facultad de disponer de las especies que se protegían, y la conducta, contrariamente a lo señalado en la sentencia, fue antijurídica desde que no se siguió el procedimiento adecuado”*¹⁴.

Insistimos, por lo tanto, en que la *falta de servicio*, como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, implica siempre un acto *antijurídico*, tanto porque la acción de la Administración está regulada jurídicamente, como porque los servicios públicos deben operar ciñéndose a lo que prescriben las normas de derecho. No puede, en consecuencia, sostenerse que incurre en responsabilidad extracontractual quien actúa conforme a derecho en cumplimiento del mandato normativo.

¹⁴ Hans Mundaca. Ob. cit., p.70.

Con todo, esta cuestión merece un análisis más profundo. Creemos nosotros que existen casos en los cuales la Administración, actuando legítimamente y con facultades suficientes, causa daño a los particulares. Lo prueba irrefutablemente el artículo 45 inciso final de la Constitución ya citado. La autoridad, en los estados de excepción, está expresamente facultada para “*disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad* (estado de asamblea y de catástrofe). Asimismo, el artículo 19 N° 24 faculta a los poderes colegisladores para imponer, a través de la ley, limitaciones y obligaciones al derecho de dominio cuando ellas derivan de su función social. En todos estos casos, no **hay responsabilidad extracontractual del Estado**, porque la Administración obra conforme a derecho. En dicha hipótesis no se incumple una obligación, sino, por el contrario, se satisface el mandato normativo. No cabe entonces imputarle responsabilidad al Estado, puesto que no concurre la antijuridicidad ni un factor de imputación. Tampoco podría pensarse en una eventual “responsabilidad objetiva” fundada en el riesgo, ya que, por lo general, no hay norma que disponga la obligación de indemnizar. **¿Qué ocurre entonces?** No hay duda que el deber de indemnizar los daños que sufre el imperado no nace de la responsabilidad del Estado (lo cual supone el incumplimiento de una obligación), sino del **derecho a ser compensado por la imposición de una carga especial**, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 19 N° 20, que asegura a todas las personas “**la igual repartición de las cargas públicas**”. Sólo de esta manera es posible explicar jurídicamente la reparación de un perjuicio cuyo antecedente es un acto legítimo de la autoridad, al cual, inclusive, está obligada en derecho y que, por lo mismo, no puede ser considerada consecuencia de una eventual responsabilidad extracontractual. La doctrina en esta materia es demasiado reduccionista, al pretender encuadrar en el campo de la responsabilidad, una “**obligación de compensación de cargas especiales**” que nace de un mandato constitucional expreso.

Volviendo al tema central, como resulta obvio, tras la “*falta de servicio*” subyace una “*falta personal*”, vale decir, la conducta de un dependiente que ha obrado dolosa o culpablemente por acción u omisión, inmovilizando o desviando el funcionamiento de la Administración. Lo anterior porque, aun cuando resulte innecesario decirlo, la gestión del Estado está confiada a sus funcionarios y operadores, y cuanto ellos ejecutan compromete la responsabilidad del Estado.

Lo que singulariza la responsabilidad extracontractual del Estado es el hecho de que en este ámbito se desplaza la “*falta personal*” (conducta del funcionario), transformándose en “*falta de servicio*” (conducta de la Administración), e imputándose a esta última las consecuencias dañosas y el deber de repararlas. La culpa no es “*personal*” sino “*institucional*”, pero sigue siendo una manifestación clásica de la culpa, en cuanto falta de la diligencia y cuidado debidos en el cumplimiento de una obligación preexistente (normal funcionamiento del

servicio). No nos hallamos, entonces, ante una manifestación de la responsabilidad objetiva. Nos hallamos ante un caso típico de responsabilidad subjetiva, en la cual **el factor de imputación se deduce de la conducta del servicio y no de la conducta de los funcionarios que lo gestionan**, lo cual, además, explica el derecho del Estado para repetir en contra del funcionario responsable de la mala praxis. A pretexto de esta particularidad, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha sostenido que la ley establece un tipo de responsabilidad objetiva, pasando por alto el hecho de que no hay “falta de servicio” sin culpa de la Administración. Un autor, Pedro Pierry Arrau, sobre este punto, escribe: *“El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio como dentro de la responsabilidad subjetiva. Como señalan Mazeaud y Tunc, la falta de servicio es considerada como ‘la culpa del Servicio’, de allí que la responsabilidad continúe siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva”*¹⁵. Como puede comprobarse, no es frecuente que la ley desplace el requisito de concurrencia del factor de imputación (culpa o dolo) de la persona (funcionario) a la institución (la Administración), empero, en tal supuesto, subsiste cabalmente la naturaleza subjetiva de la responsabilidad.

Se ha sostenido, también, que esta interpretación, que no pugna con los artículos 6º, 7º y 38 inciso 2º de la Constitución y 2º, 4º y 42 de la Ley N°18.575, chocaría con lo previsto en el artículo 18 de esta última normativa, según el cual *“El personal de la Administración del Estado estará sujeto a la responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle”*. Nosotros no advertimos contradicción alguna, ni atribuimos consecuencia significativa a la coexistencia, tratándose de la responsabilidad por “falta de servicio”, de la responsabilidad personal del funcionario y de la Administración. Parece evidente que la referida norma recoge la eventual responsabilidad que cabe al funcionario dependiente de la Administración cuando el Estado ejerce su derecho a repetir en su contra por los daños que este último ha debido indemnizar, derecho que se le reconoce en todas las normas invocadas. A mayor abundamiento, se ha argumentado que el artículo 18 de la Ley Sobre Bases Generales de la Administración del Estado está ubicado en el Título I, denominado “Normas Generales”, justificando su contenido en razón de lo previsto en el artículo 21, ubicado en el Título II “De la Organización y Funcionamiento”, en cuyo inciso 2º se excluye a una serie de organismos de este estatuto especial, lo cual hace excepción al principio que invocamos (entre ellos las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y varios otros).

¹⁵ Pedro Pierry Arrau. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Varios autores. Artículo “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”. Monografías Jurídicas Universitas. Editorial Metropolitana. Año 2009, p.42.

De cuanto llevamos dicho se infiere, entonces, que la *"falta de servicio"* es una noción normativa que implica la culpa o dolo de la Administración –persona jurídica–, la cual se aprecia en relación a la conducta de sus dependientes y funcionarios. En otras palabras, la *"falta personal"* (del funcionario), se transforma en *"falta de servicio"* (de la Administración), transmitiendo el factor de imputación, por así decirlo, de la persona natural a la persona jurídica (nada tan distinto de lo que ocurre con la responsabilidad de las llamadas personas morales).

Por consiguiente, siendo la *"falta de servicio"* una noción normativa que abre paso a un tipo de responsabilidad subjetiva, es perfectamente posible probar que el servicio público no ha funcionado o que lo ha hecho defectuosamente o con retardo, por hecho inimputable a la Administración, como ocurre cuando ha sobrevenido un caso fortuito o fuerza mayor o una causal de justificación. Así, por ejemplo, si una ambulancia de un servicio público de urgencia debe concurrir a recoger a un herido y el vehículo es emboscado por un grupo terrorista, o es objeto de un accidente intencionalmente provocado, o causado por culpa de otro conductor, habrá ausencia de servicio, pero no responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que el hecho de un tercero es asimilable al caso fortuito. Pero habrá responsabilidad extracontractual y *"falta de servicio"* del Estado si el accidente es debido a la impericia del chofer de la ambulancia, o a su imprudencia, o a las malas condiciones mecánicas en que se encontraba el vehículo, o a los errores en que incurre la fuerza pública para abrir paso a la ambulancia, etcétera. Por ende, creemos que la *"falta de servicio"* se confunde con la culpa de la Administración y ésta con la culpa o hecho de los funcionarios que obran por ella. Pero no hay *"falta de servicio"* si ella no es imputable a la Administración, así sea que el órgano público no funcionó, a lo hizo imperfectamente u obra con retardo, causando daño al imperado.

Surge aquí otra cuestión de importancia. La prueba del caso fortuito o fuerza mayor recaerá, como es natural, en la Administración, así como la ausencia del factor de imputación, en su caso, sin que ello pese de manera alguna sobre el dañado. Lo indicado es consecuencia de que la obligación de prestar el servicio está establecida en la ley, correspondiendo al deudor probar la causa que lo exonera de responsabilidad. Lo anterior, a mayor abundamiento, porque los servicios que debe prestar la Administración en virtud de las leyes, los reglamentos, las instrucciones administrativas, etcétera, la transforman en deudora del administrado. Esta obligación es la que se incumple dando origen a la responsabilidad. Con el propósito de ampliar la responsabilidad extracontractual del Estado, una corriente doctrinaria sostiene la extensión de los deberes de servicio de la Administración por la vía de una interpretación extensiva de las normas vigentes. Esta tendencia no corresponde, creemos nosotros, a la filosofía que inspira al legislador, puesto que, por esta vía, es posible comprometer ilimitadamente los recursos e intereses del Estado. Este último no tiene

la obligación de prestar sino los servicios que están expresamente establecidos en la norma jurídica o que se desprenden claramente de su mandato.

El servicio que pesa sobre la Administración, por lo tanto, debe hallarse impuesto en la norma respectiva en términos formales y explícitos o deducirse de manera inequívoca de la legislación que regula su actividad.

De lo señalado se infiere lo más importante. **La “falta de servicio” configura una presunción de culpa que opera por el solo hecho de que el servicio no funcione debiendo hacerlo, o lo haga imperfectamente o con retardo.** De este hecho se deduce la culpa de la Administración, debiendo ésta, y no el dañado, acreditar que se ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Se trata, por ende, de una **presunción simplemente legal**, en todo equivalente a las presunciones establecidas en el artículo 2329 del Código Civil. Probablemente, sea esta la razón por la cual se ha pensado erradamente en un régimen de responsabilidad objetiva, sin que exista norma que lo determine. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual del Estado se impone directamente y sobre la base de una presunción de culpa que puede desvanecerse siempre que se pruebe un caso fortuito u otra causal de justificación. Mientras esto no suceda subsistirá la responsabilidad del Estado.

Un ejemplo puede aclarar lo que decimos. Si una persona es conducida herida a un establecimiento público de urgencia médica y no recibe atención, ello compromete la responsabilidad del Estado por *falta de servicio* (el organismo del Estado no actuó debiendo hacerlo). En tal caso, la Administración deberá probar, para exonerarse de responsabilidad, que estaba imposibilitada de prestar el servicio por caso fortuito o fuerza mayor (destrucción de sus instalaciones por la ocurrencia de un siniestro fortuito; carencia de servicios básicos, como corte de electricidad, gas, agua, que no le sea imputable; agotamiento de los recursos excepcionales de emergencia por restricciones imprevisibles; etcétera).

De lo dicho se desprende que la noción de culpa no es ajena a la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que sucede es que ella tiene otro contenido y se traduce en la falta de servicio. No lo entienden de la misma manera los autores. Así, Hans Mundaca dice a este respecto: *“La idea de ‘falta de servicio’, según la doctrina, es radicalmente extraña al derecho civil, donde la noción de responsabilidad por daños aparece configurada por la noción de culpa. El derecho administrativo produce, en cuanto, un desplazamiento y sustitución de la noción de culpa, poniendo el acento más que en el autor del hecho ilícito, en el desequilibrio que produce el daño, y en el servicio público. La expresión ‘faute de service’ traduce un significado más amplio y objetivo que el término culpa, refiriéndose fundamentalmente al criterio para delimitar los daños imputables, separando la responsabilidad de la Administración de la del funcionario, ‘faute personnelle detachable’, sin perjuicio de la posibilidad de acumular ambas responsabilidades,*

tal como lo reconoció la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado francés en el *arrêt Lenmonnier*, siempre que la falta personal 'no esté desprovista de toda relación con el servicio'¹⁶. Como puede observarse, se rechaza la idea de que la "falta de servicio" no es más que una especie de culpa de la Administración que proviene del hecho de que el órgano administrativo debió funcionar y no lo hizo, o funcionó irregularmente o con retardo. Es indudable que tras esta conducta ha de haber una falta del personal de que se sirve el órgano público, pero ella no incide en la responsabilidad del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad que el afectado pueda perseguir del funcionario si opta por esta posibilidad, cuestión que analizaremos en los párrafos siguientes.

Nuestras diferencias con otros planteamientos quedan en evidencia, como ocurre cuando se intenta justificar el alcance "objetivo" de la responsabilidad extracontractual del Estado, pero dándole un alcance limitado sólo al hecho de que, como se analizó en lo precedente, se trata de una responsabilidad directa del Estado, diferente de la responsabilidad vicaria del Código Civil. Raúl Letelier Wartenberg, sobre este particular, refiriéndose al carácter "objetivo" de la responsabilidad, debido a que no se requiere probar culpa del funcionario, sostiene que: *"Desde cierto punto de vista, la afirmación es bastante cierta. El juez que conoce de la demanda civil, no debe exigir al actor como requisito que pruebe la existencia de culpa del funcionario público que, en ejercicio de actividad estatal, cometió el acto dañoso. Y ello se deriva precisamente de ser la responsabilidad del Estado una responsabilidad de una persona jurídica y, por tanto, y de acuerdo a lo ya dicho, no interesa para su acreditación la disposición particular de sus dependientes. En este sentido, y con mayor propiedad y rigor científico, expresa CALDERA que la responsabilidad extracontractual del Estado 'es una responsabilidad orgánica, lo que significa que la imputación del daño recae directamente en el órgano administrativo, esto es, en la Administración del Estado...'"*¹⁷. El profesor Hugo Caldera Delgado explica, en los siguientes términos, lo que entiende por responsabilidad orgánica: *"La quinta consecuencia derivada de la norma citada (artículo 38 inciso 2° de la Carta Fundamental) es que la responsabilidad administrativa es una responsabilidad orgánica, lo que significa que la imputación del daño recae directamente en el órgano administrativo, esto es, en la Administración del Estado, en sus organismos o en las municipalidades. Esto tiene extraordinaria importancia, ya que es diferente que el perjuicio causado haya o no tenido origen en una falta o culpa personal del agente o funcionario público. En caso de existir falta o culpa personal del agente o funcionario, la regulación de la responsabilidad que pudiere incumbirle es materia de una regulación interorgánica entre el funcionario y el órgano por cuya cuenta actuó o debió actuar, siendo este problema, de todas maneras, irrelevante respecto de la víctima, la que, siempre, podrá reclamar*

¹⁶ Hans Mundaca. Ob. cit., p. 52.

¹⁷ Raúl Letelier Wartenberg. "Estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado". Publicado en *Responsabilidad Excontractual del Estado*. Editorial Metropolitana. Año 2009, p. 198.

*la reparación del daño derechamente de la Administración*¹⁸. Lo cierto es que el profesor Caldera reconoce que la responsabilidad extracontractual del Estado es directa, materia ya explicada en lo precedente. En el mismo sentido, Pedro Pierry Arrau, cuando dice, refiriéndose a este aspecto de la responsabilidad, que *“No interesa la persona del funcionario, el que podrá o no estar identificado, lo que interesa es la falta de servicio; un reproche o reparo de ilegitimidad como afirma la Corte Suprema. Por el solo hecho de ser necesaria una falta, para estos efectos un mal funcionamiento del servicio, aun cuando no interese la persona del funcionario, ya no podemos estar frente a una responsabilidad objetiva, por cuando esta se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y exista la relación de causalidad entre éste y la acción del Estado*¹⁹.

Como puede observarse, no obstante las diferencias que se advierten entre los diversos criterios sustentados, todos los autores coinciden en las peculiaridades de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuyo mérito parecen inducir a los comentaristas a aproximarse o abrazar derechamente la tesis de que se trataría de un tipo especial de responsabilidad objetiva.

Con todo, existen casos excepcionales en que la responsabilidad de la Administración es objetiva, a condición de que exista una norma que en forma expresa así lo determine. Tal ocurre, por ejemplo, en la Ley N° 18.290, o Ley del Tránsito, cuyo artículo 169 inciso 5° dispone que *“La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización*”. Se podría pensar que la culpa reside en mantener en mal estado las vías o en la carencia de una adecuada señalización. Pero lo que interesa, para imponer responsabilidad, es el hecho, con prescindencia de quién o por culpa de quién ello aconteció. La misma ley, en el inciso 1° del artículo 170 señala: *“Salvo prueba en contrario, las infracciones que se deriven del mal estado y condiciones del vehículo serán imputables a su propietario, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al conductor*”. Los casos mencionados configuran hipótesis de responsabilidad objetiva por mandato expreso de la ley.

Mención especial merece el artículo 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 26 de julio de 2006. Dicha disposición establece que *“Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No*

¹⁸ Hugo Caldera Delgado. *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1982, p. 45.

¹⁹ Pedro Pierry Arrau. “¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia.” Trabajo publicado en *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Metropolitana. Año 2009, p. 76.

obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal". Esta norma es casi idéntica al artículo 42 de la Ley N°18.575, orgánica constitucional, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y no representa, a nuestro juicio, un caso de responsabilidad objetiva. Se trata de la regla general en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, en que la llamada "*falta de servicio*" es una **presunción de culpa de Administración**, pero no la imposición de una responsabilidad objetiva.

Para concluir este párrafo, digamos que no es discordante sostener que la "*falta de servicio*" es una **nueva noción de culpa** aplicable sólo a la Administración, puesto que ella se producirá siempre en virtud de una falta personal, en el entendido que la Administración está obligada a prestar aquellos servicios que le impone la Constitución, la ley o el reglamento (normas jurídicas). La omisión del servicio o su defectuosa o tardía prestación comprometen su responsabilidad al presumirse la culpa, pero sin perjuicio de acreditarse lo contrario. Lo que caracteriza la "*falta de servicio*" es la **antijuridicidad** de dicha conducta, porque estando la Administración obligada a desplegar una determinada conducta (obligación), la resigna o la ejecuta de manera incorrecta o defectuosa. Si la Administración obra legítimamente, conforme a derecho, no *incurre* en responsabilidad extracontractual, aun cuando cause daño, como quedó explicado en lo precedente. Por lo mismo, en este caso, la "*falta de servicio*" implica o absorbe la antijuridicidad, elemento esencial de la responsabilidad. Nos atreveríamos a señalar que sólo es indemnizable el daño que se causa contra derecho, sea por obra de una acción u omisión, sea de una persona o de la Administración, siempre, insistimos, que ello ocurra en contravención al mandato normativo. Cualquier otra prestación, fundada en la existencia de un daño provocado por la actividad legítima del dañador, no es indemnizable. Lo que señalamos puede prestarse a equívoco como consecuencia de que quien experimenta el daño reclame una compensación en virtud de otra fuente (no el incumplimiento de una obligación preexistente, elemento esencial de la responsabilidad). Recordemos, sobre este particular, lo que sostiene Hugo Caldera: "*El principio derogatorio de la responsabilidad administrativa extracontractual, en el caso de las actuaciones lícitas que originan daño a los particulares, encuentra su fundamento constitucional en la obligación que pesa sobre las personas de concurrir con su cuota de sacrificio al progreso general del país y, mejor aún, al logro del interés general o del bien común, con la limitaciones más arriba señaladas*"²⁰. Recordemos, por otra parte, que la propia Constitución protege, en su artículo 19 N° 20, "*La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.*" Por lo tanto, es posible reclamar una compensación del Estado por el daño que provoca una actividad lícita del mismo, cuando se quebranta la

²⁰ Hugo Caldera Delgado. Ob. cit., p. 46.

igualdad que debe existir, entre todos los habitantes de la República, respecto de las cargas públicas. Pero no se trata de una indemnización de perjuicios derivada de la responsabilidad extracontractual que, reiteramos, supone el incumplimiento de la obligación preexiste de no causar daño a nadie. En las páginas precedentes explicamos que no cabe a la Administración responder extracontractualmente por su actividad lícita y ajustada a derecho.

3. Responsabilidad de dos orígenes

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene dos fuentes diversas: la fundada en la "falta de servicio" por parte del órgano administrativo y la derivada de la "falta personal" del funcionario público que causa el daño. La primera ha sido analizada en las páginas anteriores. La segunda, según la doctrina, puede ser "anónima" o bien "radicada". Se entiende que es anónima cuando no se individualiza al autor del daño o, bien, cuando resulta imposible hacerlo. Se entiende que es radicada cuando se identifica quién es el autor del daño. Recordemos que esta última circunstancia no obsta, en lo más mínimo, a exigir la responsabilidad del Estado, puesto que en ambos casos puede reclamarse de él la reparación de los perjuicios.

Estimamos que la responsabilidad por "falta de servicio" y la responsabilidad por "falta personal" son perfectamente compatibles, pudiendo, por lo mismo, demandarse solidariamente al Estado y al funcionario causante del daño, según las reglas generales de la responsabilidad civil (artículo 2317 del Código Civil). El hecho de que se presuma la culpa de la Administración cuando concurre "falta de servicio", no implica de manera alguna exonerar de responsabilidad al funcionario autor del daño si se hallare debidamente individualizado. La única diferencia que se advierte y que comentamos en lo precedente, deriva de que, aplicando la letra del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, podría sostenerse que la responsabilidad presuntiva del Estado (por *falta de servicio*) sólo procedería cuando se lesiona un derecho y no cuando se lesiona un interés legítimo; en tanto la responsabilidad personal del funcionario se hace extensiva a la lesión de dichos intereses. De ello se ha deducido, incluso, que es necesario "conceptualizar la lesión de manera distinta del perjuicio civil, en cuanto este último se refiere a cualquier detrimento avaluable pecuniario; en cambio la noción de lesión asume una definición jurídica diversa, dado que el detrimento económico perjudicial sea antijurídico, en términos que no se halle jurídicamente obligado a soportarlo"²¹.

Sin embargo, lo concerniente a la "falta personal" es más complejo. Los autores distinguen la llamada "falta personalísima", caso en el cual ésta se halla desvinculada causalmente de la "falta de servicio" de la Administración. En tal

²¹ Hans Mundaca Assmussen. Ob. cit., p. 67. El autor alude, en esta parte, a la opinión de los españoles García de Enterría y Ramón Tomás Fernández.

situación el juicio de reproche que se formula al funcionario no tiene relación ninguna con el servicio público en el cual se desempeña.

En la llamada *"falta de servicio"*, como se dijo, la culpa de la Administración se presume; en la llamada *"falta personalísima"* la culpa del funcionario debe ser probada.

Como dijimos en lo precedente, la falta personal puede ser *"radicada"* o bien *"anónima"*. En el primer caso (*"falta personal radicada"*), ella arrastra automáticamente la *"falta de servicio del órgano de la Administración"* (porque se encuentra establecida la individualización del funcionario que desencadenó la ausencia o mal desempeño de la Administración comprometiendo su responsabilidad), pero no ocurre lo mismo tratándose de una *"falta personalísima"*, que no induce a la *"falta de servicio"* (porque la causa del daño se halla desvinculada de la actividad de la Administración).

En la *"falta personal anónima"* (desconocimiento del funcionario que causó el mal desempeño de la Administración), ésta conlleva necesariamente y de la misma manera a la *"falta de servicio"*, ya que el daño proviene de los órganos de la Administración, pero no se identifica al funcionario responsable de su producción.

Sobre la *"falta radicada"*, Letelier Wartenberg ha sostenido: *"Aquí la falta de servicio es precisamente revelada por la falta radicada. Como se puede apreciar, en este caso, no puede ser inútil la existencia o inexistencia de negligencia del funcionario. Si el resultado dañoso se produce aun cuando el funcionario actuó correcta y diligentemente, ello no puede constituir falta de servicio y, consecuentemente, no puede condenarse al Estado"*²². No compartimos esta conclusión, ya que en el caso propuesto se trata de una *"falta"*, o sea, de una conducta antijurídica que provoca daño, cuya causa es la conducta de un funcionario identificado. Si este funcionario obró como correspondía, no hay *"falta de servicio"*, porque desaparece la presunción de culpa y, por lo mismo, la falta. La hipótesis, entonces, cae por su base. De lo que llevamos dicho se deduce que la única que excluye la responsabilidad del Estado es la *"falta personalísima"*, puesto que en los demás casos o el daño proviene de un funcionario debidamente individualizado, o de los órganos de la Administración sin que sea posible identificar al autor material del daño. En ambos supuestos concurrirá la antijuridicidad, requisito esencial de la responsabilidad.

Lo que hemos llamado *"falta personalísima"* implica una separación del empleado público del ejercicio de sus funciones, pudiendo esta separación ser *"material"* o *"psicológica"*. En la primera hay una total desvinculación del funcionario de

²² Raúl Letelier Wartenberg. Ob. cit., p. 199.

la Administración (se trata específicamente de actos ejecutados en el ámbito de la vida privada). En la segunda, el acto se ha ejecutado por móviles personales, ajenos a la función que se desempeña, pero vinculado o en razón de la pertenencia a la Administración. La responsabilidad del Estado, en ambos casos, es excepcional y deriva, a nuestro juicio, de la llamada *culpa in eligendo*, definida como la *negligencia en la elección del que tiene que realizar una prestación*. La responsabilidad del Estado, tratándose de la *"falta personalísima"*, tiene como fundamento la mala elección del funcionario que se incorpora a los órganos de la Administración. Decimos que la responsabilidad del Estado es excepcional porque, cuando la desvinculación es material, no hay responsabilidad, salvo que el daño causado por el funcionario no haya podido provocarse sin los medios suministrados por la Administración. Tal ocurrirá, por ejemplo, si el daño proviene del uso de un arma u otro instrumento cualquiera que la Administración puso en manos del dañador y sin el cual el perjuicio no habría podido consumarse. Tratándose de una desvinculación psicológica, la responsabilidad de la Administración, además de la anterior, se funda en el hecho de que el daño no pudo causarse sino en virtud de la vinculación material del hechor con el órgano público. Así, por ejemplo, el dañador ingresó a una dependencia gracias a su condición de funcionario público, no obstante el hecho de que estaba movido por un propósito absolutamente ajeno al ejercicio de sus tareas.

En síntesis, tratándose de una *"falta personalísima radicada"*, deberá atenderse a la separación *"material"* del dañador con la Administración, y a la separación *"psicológica"*, pero, en ambos casos, es posible sostener la responsabilidad de la Administración, excepcionalmente, por efecto de la *culpa in eligendo*, esto es, la negligencia, desidia, descuido o imprudencia en la selección de los empleados que integran el servicio público y el vínculo, aun cuando remoto, entre el daño y la pertenencia de quien lo causa a la Administración.

Lo señalado nos parece conveniente por varias razones. Desde luego, si el daño no ha podido producirse si se excluye el hecho de pertenecer el dañador a la Administración, parece justo que ésta asuma el riesgo de la conducta de sus dependientes, en términos más o menos similares a los que contemplan los artículos 2320 y 2322 del Código Civil en relación a los particulares. Por otro lado, la Administración, más que nadie, responde de la llamada *culpa in eligendo*, ya que los empleados públicos deben ser seleccionados por medio de concursos rigurosos y están sometidos a evaluaciones periódicas, precisamente con el objeto de evitar conductas irregulares que puedan perjudicar a los administrados. Finalmente, existen numerosos casos en que el Estado pone en manos de sus dependientes medios e instrumentos a los que no tiene acceso, por lo general, el resto de la población. De ello se sigue un principio ineludible de responsabilidad en el evento de que aquel material sea indispensable causalmente para la producción del daño, aun cuando éste se cause sin que la vinculación del hechor con la Administración sea condición del mismo.

Sin embargo, lo preponderante en este aspecto, a nuestro juicio, consiste en la existencia de responsabilidad solidaria entre la Administración y el funcionario autor del daño (cuando éste es identificado y puede atribuírsele la producción del mismo). Lo que planteamos es un caso bien especial, si se tiene en consideración que la culpa del Estado se presume y la culpa del funcionario debe probarse, y si se considera, además, que subsiste la culpa del Estado cuando no es posible identificar al autor del daño que provoca la *"falta de servicio"*. Las peculiaridades de la responsabilidad extracontractual del Estado, podría decirse, se limitan a estos rasgos, dejando a salvo la responsabilidad del funcionario íntegramente asimilado a lo que dispone sobre la materia el Código Civil.

Queda demostrado, entonces, que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene un doble origen –del órgano administrativo y del funcionario dañador–, lo cual permite que el Estado, como lo disponen la Constitución y la ley, pueda repetir en contra del funcionario cuando es posible identificarlo e imputarle ser causante de la *falta de servicio*.

4. Relación de causalidad normativa tratándose de *"falta de servicio"* y de *"de falta personal"*

La cuarta peculiaridad de la responsabilidad extracontractual del Estado consiste en la exigencia de una relación causal normativa, tanto cuando se invoca *"falta de servicio"*, como cuando se invoca *"falta personal"*. La doctrina según la cual los daños causados por la primera sólo exigen una relación causal material y no normativa, nos parece equivocada.

Comencemos por recordar lo que hemos sostenido en uno de nuestros trabajos sobre esta materia: *"La relación de causalidad tiene por objeto precisar que el resultado nocivo no es más que una **consecuencia directa y necesaria** de un hecho (acción u omisión) imputable a una determinada persona. Aquí entran a jugar los factores de imputación (dolo, culpa o riesgo) para la atribución de responsabilidad. Como es natural, si el resultado dañoso no es consecuencia del hecho reprochado a su autor, no puede imponerse a éste la obligación de reparar los perjuicios"*²³.

La causalidad puede ser física (material) y jurídica (normativa). Un autor describe esta diferencia en los siguientes términos: *"Relación de causalidad es el enlace objetivo entre dos fenómenos de manera que no sólo sucede uno después del otro, sino que aquél sin éste no se hubiese producido. Las ciencias naturales explican cuándo un fenómeno es efecto de otro, pero en ámbito jurídico no es posible hacer*

²³ Este párrafo corresponde al libro *Responsabilidad Extracontractual*, del que soy autor. Publicado por la Editorial Jurídica de Chile. Año 1999. Primera edición, p. 369.

dependen de criterios físicos o naturales la determinación de la persona o personas obligadas a indemnizar un daño. El derecho ha de tener su propio método para saber cuándo un sujeto es responsable. Esta responsabilidad depende de que se pueda establecer una imputación razonable entre el acto u omisión del demandado y el daño sufrido por el demandante"²⁴. Tal como lo plantea el autor citado, no pocas veces un acontecimiento tiene una sola causa, más bien en éste interviene una serie de causas que se encadenan para producir un cierto resultado (concausas). De allí que *"La conversión de la causalidad física en la imputación jurídica significa que se ha podido llegar a la atribución razonable de una consecuencia perjudicial a una conducta indebida. Además, en muchas ocasiones un acontecimiento es causa de otro, que a su vez puede provocar un efecto ulterior. Ha de resolverse entonces si el acontecimiento inicial ha de ser considerado como causa de todos los que le suceden. Si no es así ¿en qué momento hay que cortar el encadenamiento de efectos? ¿Qué criterio ha de permitir pasar de la causalidad natural o física a la imputación jurídica?"*²⁵. Lo anterior me ha llevado a sostener que **para la conceptualización de causalidad en el ámbito jurídico es necesario unir a la causalidad material o física los ingredientes de la causalidad jurídica**, de suerte que esta última resulta de la combinación de ambos elementos. De lo anterior nacen las diversas teorías sobre la causalidad jurídica, entre ellas, la teoría de la "equivalencia de las condiciones", la "teoría de la causa próxima", "la teoría de la causa adecuada", etcétera. Un ejemplo aclarará lo señalado. Si el Estado, en la ejecución de una política pública sanitaria, dispone la vacunación masiva del sector etario más vulnerable de la población, y una partida de este medicamento, adquirida en un laboratorio extranjero, resulta defectuosa, provocando la muerte de varias personas, cabe preguntarse si puede imputarse responsabilidad a la Administración. En el presente caso la causalidad material o física puede asignarse, sin duda, al Estado, puesto que la vacuna fue adquirida y suministrada por él, pero no puede asignársele la causalidad jurídica, ya que su conducta no es jurídicamente idónea para imputarle el resultado dañoso²⁶. Puig Brutau coloca otro ejemplo, para explicar esta materia: *"Una persona pasa unos días en casa de un amigo y piensa regresar a su lugar de residencia tomando el avión del día siguiente. El amigo le ruega que se quede un día más y así se hace. Pero el avión del segundo día tiene un accidente y el viajero perece. Desde el punto de la vista de causalidad material no hay duda que la intervención del amigo que ha provocado el retraso forma parte de los antecedentes causales del resultado. Sin embargo, tampoco es dudoso que la culpa del fallecimiento no puede serle imputada y ningún tribunal le*

²⁴ José Puig Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil*. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. Año 1983. Tomo II. Volumen III, p.92.

²⁵ José Puig Brutau. *Ob. cit.*, p. 93.

²⁶ Podría pensarse que en el caso propuesto el Estado debió examinar, una a una, las vacunas adquiridas o, a lo menos, constatar su buena calidad. Pero, en tal supuesto, la conducta imputada no es la vacunación masiva, sino la "falta de servicio" de quien estaba encargado del control de calidad del producto.

*condenaría por ello. Una cosa es la causalidad física y otra la causalidad eficiente para una imputación jurídica*²⁷.

Si se admitiera, como lo proclaman algunos autores, que tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado debe considerarse la causalidad material y no la causalidad normativa, se generaría todo tipo de excesos y se haría responsable a la Administración por hechos que escapan absolutamente de su previsión y control. De aquí la necesidad de establecer la relación de causalidad, como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el marco jurídico normativo y no en un marco meramente material o físico, así se trate de la responsabilidad por “falta de servicio” o por “falta personal”, cuando esta última procede.

No piensa de la misma manera Hugo Caldera Delgado, quien, examinando lo dispuesto en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución, extrae la siguiente conclusión: *“Otra de las consecuencias que se extraen de la mera lectura de la referida disposición es la siguiente: en presencia del perjuicio y constatada su relación directa de causalidad con aquél, para los efectos de la obligación de indemnizar el perjuicio, tampoco se atiende a si el daño es producto de una actuación u omisión irregular, esto es, constitutiva de falta de servicio –empleando el concepto incorporado por el art. 62, inc. final del Decreto Ley N° 1.289, Ley Orgánica de Municipalidades–, o por una actuación lícita que provoque daños a los particulares*²⁸. Por su lado, Eduardo Soto Kloss trata de la relación de causalidad sólo tangencialmente. Sobre el particular, dice: *“Probada, entonces, la existencia del daño o perjuicio sufrido por un sujeto de derecho, probada la autoría de dicho daño producido por la autoridad, o ente administrativo (sea personificado propiamente, o que goce de la personalidad jurídica genérica del Fisco) y probada, obviamente, la relación causal que media entre la acción u omisión estatal y el perjuicio en cuestión (y considerando, ciertamente, que la víctima no haya estado en una posición antijurídica), toca al juez determinar el monto de la indemnización con que ha de ser reparada la víctima, de acuerdo al perjuicio sufrido por ésta en lo suyo, es decir, en lo que le pertenece como esfera jurídica propia de él (patrimonio, honor, condiciones normales de existencia, etc.)*²⁹. El mismo autor, más adelante, al tratar de las características de la responsabilidad del Estado, agrega: *“Al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende, de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una **responsabilidad objetiva**, fundada sobre la base de la causalidad material, vale decir, entendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla*³⁰. Como puede observarse, la conclusión de que la responsabilidad

²⁷ José Puig Brutau. Ob. cit., p. 92.

²⁸ Hugo Caldera Delgado. Ob. cit., p. 45.

²⁹ Eduardo Soto Kloss. Ob. cit., Tomo II. “El principio de juridicidad”, p. 272.

³⁰ Eduardo Soto Kloss. Ob. cit., p. 309.

extracontractual del Estado sólo exige una relación causal material o física, es consecuencia de atribuirle a la misma el carácter de **responsabilidad objetiva**, lo cual nos parece errado, como se señaló en las páginas precedentes. Lo cierto es que, tratándose de una responsabilidad subjetiva presunta –como se explicó–, carece de toda consistencia atribuir a esta responsabilidad una relación causal material o física y no jurídica o normativa.

Limitar la exigencia de una relación causal meramente material o física, entre el acto dañoso y su consecuencia, puede conducir a extremos inaceptables. Muchas veces el daño tiene como punto de partida un hecho objetivo, pero éste se enlaza con otros hechos que neutralizan todo posible reproche al autor del primero, como puede desprenderse de los ejemplos propuestos. Esto ha llevado a decir a los hermanos Mazeaud y André Tunc, a propósito de la interrupción del nexo causal, que *“El vínculo de causalidad falta cuando el daño es el resultado de una ‘causa ajena’; se entiende por ello un acontecimiento ajeno al demandado, un acontecimiento que no es un hecho suyo. Este acontecimiento puede ser el hecho de la víctima; sucede con frecuencia que quien demanda reparación haya causado por sí mismo el daño del que se queja. Puede ser un acontecimiento que no quepa imputarle a nadie, como la tempestad o la guerra; el daño resulta entonces de la fuerza mayor o el caso fortuito. Por último el daño puede ser el hecho de un tercero, es decir, de una persona que no es ni el demandante ni la víctima”*³¹. Por consiguiente, al exigirse una relación causal sólo material y no jurídica, se está negando la posibilidad de que opere una interrupción del nexo causal. Por otra parte, hemos sostenido que la causa jurídicamente idónea para imputar responsabilidad sobre un resultado nocivo, es aquella **razonablemente** previsible de acuerdo al acontecimiento, nivel cultural y desarrollo imperante en cada momento histórico en la sociedad. Por lo tanto, la llave para resolver el problema de la causalidad radica en la determinación de los **estándares ordinarios** prevalecientes en la sociedad en todo cuanto concierne al comportamiento de sus miembros. Así las cosas, la causalidad física no es más que el punto de partida para analizar las diversas conductas implicadas al iniciarse el hecho material que causa el daño. Fácil resulta comprender, entonces, que al limitarse la relación causal a una cuestión meramente física o material, se abre la puerta para eliminar esta exigencia como requisito jurídico de la responsabilidad.

De más está demostrar que, cuando concurre la responsabilidad por *“falta de servicio”* con la responsabilidad por *“falta personal”*, esta última estará sujeta a todas las exigencias impuestas en la ley conforme las reglas generales.

En conclusión, la responsabilidad extracontractual del Estado en sus dos posibles orígenes requiere para su existencia de una relación causal normativa, la cual

³¹ Henri y León Mazeaud y André Tunc. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo II. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961. pp. 10 y 11.

se establecerá aplicando alguna de las teorías que se han formulado sobre esta materia. No cabe, de este modo, dar a la responsabilidad extracontractual del Estado un tratamiento distinto a este respecto, como se ha postulado, puesto que, al hacerlo, se genera un híbrido desconectado de la normativa que conforma el estatuto jurídico de la responsabilidad.

5. Derecho de reembolso de la Administración

El último rasgo característico de la responsabilidad extracontractual del Estado consiste en el derecho de reembolso que asiste a la Administración cada vez que es obligada a reparar los perjuicios que ha provocado la *"falta de servicio"* o la *"falta personal"*. Lo anterior está expresamente consignado, prácticamente en los mismos términos, en el artículo 42 inciso 2° de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y en el artículo 142 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 publicado en el Diario Oficial del 26 de julio de 2006), sin perjuicio de lo señalado en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución.

Podría pensarse que esta particularidad no es más que la aplicación del artículo 2325 del Código Civil, según el cual: *"Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319"*. Creemos, sin embargo, que el derecho consagrado en favor de la Administración es más amplio que aquel consagrado respecto de las personas obligadas a reparar los daños causados por las personas que de ellas dependen, como reza el Código Civil. En efecto, se presume que los funcionarios del Estado son personas capaces de delito o cuasidelito civil y, en el supuesto que hayan recibido orden de causar daño por parte de sujetos a quienes deben obediencia, la responsabilidad debería recaer en quien impartió esa orden, si efectivamente aquella debía ser acatada de acuerdo a las normas que regulan el funcionamiento de los órganos de la Administración, y siempre que la misma (la orden) haya sido causa del daño. Como puede apreciarse siempre habrá un funcionario que incurra en *falta personal* –en la medida que pueda éste ser individualizado– y, por ende, en contra de quien la Administración pueda ejercer su derecho de reembolso.

De lo expuesto se desprende, entonces, que las presunciones de culpa de la Administración (*"falta de servicio"*) son un medio para facilitar a los particulares el ejercicio de su derecho a ser resarcidos de los perjuicios que sufren cuando éstos últimos proviene de un órgano del Estado. En lo demás, no se divisa una diferencia tan abismante y extrema como la que resulta de aceptar que la responsabilidad extracontractual del Estado se rige por un estatuto constitucional deducido, que

rompe todos los moldes y principios que gobiernan esta materia. Es innegable, desde otra perspectiva, el hecho de que uno de los principales escollos con que tropieza el administrado para conseguir la reparación de los daños –quien quiera sea su autor– es la solvencia del dañador. De aquí nace la importancia que se asigna a esta materia, ya que el desplazamiento de la responsabilidad del funcionario público a la Administración asegura la solvencia del llamado a reparar.

Hasta aquí las especificidades que presenta la responsabilidad extracontractual del Estado en relación al derecho común.

IV. La actividad material y la actividad jurídica del Estado

Cuestión importante es la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado tratándose de la actividad “material” y de la actividad “jurídica” de la Administración. ¿Responde el Estado de los daños que puedan producirse por la declaración de nulidad de un acto administrativo?

Desde luego, cuanto hemos señalado sobre las particularidades de este tipo de responsabilidad está referido a la actividad **material** de la Administración y no a la actividad **jurídica**. Nos parece claro que el Estado responda de los daños que provoca la conducta material de sus dependientes –con las especificidades ya mencionadas– cuando obra culpablemente, así este factor de imputación se presuma en favor del imperado en virtud de la “*falta de servicio*” o, tratándose de una “*falta personal*”, se acredite la negligencia del funcionario conforme los estándares generales prevalecientes en la sociedad. Pero no ocurre lo mismo con la actividad jurídica de la Administración, la cual no es fuente de responsabilidad, por varias razones.

1. Los actos administrativos están definidos en la Ley N° 19.880. El artículo 3° del mencionado estatuto dispone, en su inciso final, que “*Los actos administrativos gozan de una **presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad** frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de **suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez**, conociendo por la vía jurisdiccional*”. En consecuencia, el administrado está dotado de recursos y facultades especiales para impugnar el acto administrativo, tanto ante ella misma como ante los tribunales ordinarios o especiales de justicia. A lo dicho debe agregarse que el artículo 17 letra g) de la misma ley dispone, entre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración: “*Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente*”. Si se considera que los “actos administrativos”, desde la perspectiva de la mencionada ley, consisten en “*decisiones formales que emite los órgano de la Administración del*

Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en ejercicio de una potestad pública”, se llegará a la conclusión que el daño que se sigue de la nulidad del acto administrativo sólo puede ser reclamado cuando hay disposición legal que lo autorice, y que se trata de un perjuicio esencialmente reparable por medio de los recursos administrativos y judiciales que corresponden, pudiendo la judicatura ordinaria o especial imponer el pago de las costas, lo cual es representativo del daño causado.

2. Lo anterior se halla confirmado por lo previsto en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución referido al ejercicio de otra potestad pública. Dicha norma regula los efectos del ejercicio irregular de la jurisdicción y dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia *“por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido”*. Este derecho se encuentra reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 10 de abril de 1996, publicado en el Diario Oficial de 24 de mayo de 1996. Conocido es el brocardo jurídico conforme al cual *“en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”*. Ahora bien, si la Constitución necesitó decir que en el evento de que se ejerciera en forma *“injustificadamente errónea o arbitraria”* una potestad pública (jurisdicción) era procedente una reparación de los perjuicios causados, es porque no puede invocarse responsabilidad civil de ninguna otra potestad pública, salvo que el sistema normativo lo autorice, tal como lo adelanta el artículo 17 letra g) de la Ley N° 19.880. A mayor abundamiento, nuestra conclusión está avalada por lo previsto en el artículo 79 de la Constitución, que, respecto de la responsabilidad personal de los jueces, señala que éstos *“son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”*. En suma, para que el ejercicio de una potestad pública comprometa la responsabilidad civil del Estado, es necesario que la Constitución o la ley hagan posible esta reclamación.

3. La posición sustentada limita la responsabilidad extracontractual del Estado en el evento que se declare –ya por la misma Administración o por los Tribunales de Justicia– la nulidad de un *“acto administrativo”*. Insistamos que, en tal supuesto, se trata de la expresión formal de voluntad emitida por un órgano de la Administración del Estado, pero no se extiende a otras situaciones, ya que la *“falta de servicio”*, tantas veces mencionada, puede manifestarse en otras expresiones de la actividad administrativa. Asimismo, la referida irresponsabilidad del Estado por actos administrativos dejados sin efecto, no excluye de manera alguna la dación o restitución de los beneficios patrimoniales que derivan del acto invalidado. Pero este efecto, no tiene carácter indemnizatorio

sino meramente restitutorio (en pro o contra de la Administración). Así, por ejemplo, si se ha concedido a un funcionario público una pensión de jubilación y posteriormente se invalida este acto administrativo, el funcionario acogido al beneficio deberá restituir lo percibido; a la inversa, si se ha negado este beneficio, y se anula posteriormente esta determinación, el funcionario percibirá aquello que legítimamente le correspondía. Como puede apreciarse, no se trata de una indemnización de perjuicios, en cuanto cumplimiento por equivalencia de una obligación incumplida, sino de un efecto restitutorio (pasivo y activo) que, si bien deriva de la invalidación del acto administrativo, no implica reparar los perjuicios provenientes de la nulidad del mismo, sino de los efectos patrimoniales generados a su amparo mientras estuvo vigente en virtud de la presunción de legalidad de que estaba dotado. En general, por lo tanto, puede sostenerse que los efectos patrimoniales derivados de la nulidad de un acto administrativo no constituyen una indemnización atribuible a la responsabilidad extracontractual del Estado, sino prestaciones restitutorias, cuya razón de ser se funda en la necesidad de cancelar los efectos generados por el acto invalidado.

La materia comentada está directamente relacionada con la llamada “*nulidad de derecho público*”, que se funda en lo que prescribe el artículo 7° inciso final de la Constitución Política, norma que, como se sabe, no es más que la reiteración de lo previsto en la Constitución de 1833. Aun cuando no es este el tema de nuestro trabajo, debemos anticipar que, a nuestro juicio, dicha nulidad tiene caracteres propios (opera de pleno derecho, *erga omnes*, *ab initio* y es imprescriptible). Sin embargo, ello no se opone a que los efectos civiles de esta nulidad, respecto de terceros, sean plenamente prescriptibles, no así respecto del Estado. Por ejemplo, si el Estado se apropia de un bien inmueble por medio de una resolución administrativa, dicha confiscación adolece de nulidad de derecho público y, por lo mismo, el Estado deberá restituirlo a su legítimo dueño cualquiera que sea el tiempo transcurrido entre la confiscación y la restitución. Pero si el Estado ha cedido el bien a un tercero y este último adquiere la posesión del mismo, al cabo de 10 años, según el caso, se hará dueño por prescripción, no afectándolo la nulidad de derecho público. Cabe observar que las mismas reglas se aplican en nuestro derecho común, conforme lo dispone el artículo 1689 del Código Civil. Como puede apreciarse, una cosa es la nulidad de derecho público y sus efectos mientras el Estado está en poder de los objetos comprometidos en ella; otra cosa distinta es el efecto de la nulidad de derecho público cuando dichos objetos han salido de la esfera de dominio del Estado y su dominio se ha radicado en el patrimonio de un tercero. Con todo, insistamos que esta materia escapa del alcance y el sentido del presente trabajo.

En síntesis, no puede reclamarse responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la invalidación o nulidad de un acto administrativo, puesto que ello corresponde al ejercicio de una potestad pública y no existe norma

constitucional o legal que lo autorice (como ocurre excepcionalmente en algunas hipótesis contempladas en el texto de la Constitución). Lo anterior no impide que se ejerza, por el particular o por la Administración, ya sea la restitución o ejecución de los efectos patrimoniales que derivan del acto invalidado, pero aquello no corresponde a una reparación indemnizatoria destinada a cubrir eventuales daños derivados de la nulidad del acto administrativo. No es posible, por lo mismo, confundir una indemnización fundada en la invalidación de acto administrativo, con el restablecimiento de la relación patrimonial que tuvo origen en aquél. No sucede lo mismo, justo es reconocerlo, en materia civil. Como se ha analizado por la doctrina, en muchos casos es procedente hacer efectiva la responsabilidad en determinados supuestos en que se ha declarado la nulidad de un acto o contrato. Curiosamente este derecho no se ha hecho efectivo en la práctica³².

V. Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado

Esta materia ha sido largamente debatida, en especial por quienes sostienen que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene carácter objetivo. De lo anterior se desprende una supuesta imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria. Los fundamentos de esta posición radican en el hecho que este tipo de responsabilidad sería "constitucional", ajena absolutamente a la concepción civilística y regida exclusivamente por normas de derecho público. En consecuencia, se dice, no existiendo ninguna disposición que admita o rechace la prescripción, ni que fije sus plazos, tanto en el texto constitucional como en las leyes que regulan la actividad del Estado (especialmente la Ley N°18.575), forzoso resultaría concluir que se trata de un derecho imprescriptible que puede hacerse valer en cualquier tiempo³³.

Surge, a propósito esta cuestión, un problema adicional. Chile ha suscrito y, sin duda, atendiendo a las tendencias políticas imperantes, suscribirá en el futuro tratados internacionales relativos a la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado en lo que concierne a daños causados por la lesión de los derechos "que emanan de la naturaleza humana", como señala el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

Por lo tanto, nos referiremos, en primer lugar, a la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual en el ámbito del **derecho interno**, para luego

³² En nuestro libro sobre *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, publicado por la Editorial Jurídica de Chile, año 1995, dedicamos el Capítulo XII, pp. 281 y ss., bajo el título "Nulidad e Indemnización de Perjuicios", a esta materia.

³³ Avala esta posición lo resuelto en sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso "Hexágono Limitada con Fisco". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 84, Segunda Parte. Secc. Quinta. Año 1987, p. 217.

analizar la influencia que en ella tienen los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.

A. Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho interno.

Si bien es cierto, como se advierte, que no existe norma constitucional ni legal que declare prescriptible la acción de perjuicios a que nos referimos, es igualmente cierto que no existe norma alguna que declare que dicha acción es imprescriptible y que no se extingue por el transcurso del tiempo. En este escenario cabe, entonces, definir dos cosas previas: si el estatuto de la responsabilidad extracontractual del Estado es diferente al de la responsabilidad extracontractual que pesa sobre los particulares; y cuál es el principio general que rige en esta materia.

Lo primero está respondido en el curso de este trabajo. La responsabilidad extracontractual del Estado, si bien tiene especificidades propias que la caracterizan, todas las cuales ya fueron examinadas, obedece a los mismos principios y la misma normativa que la responsabilidad extracontractual regulada por el derecho común (derecho civil).

Lo segundo es todavía más claro. El artículo 2497 del Código Civil, ubicado en el párrafo relativo a la *"prescripción en general"* (sus principios generales), establece: *"Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo"*. La cuestión, por ende, se halla expresamente regulada en el sistema jurídico al igualar al Estado y otros organismos con los particulares, en lo que se refiere a la prescriptibilidad de las acciones y derechos que emanan de la responsabilidad. De lo dicho se deduce que, admitiendo, como se dijo, que tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad de los particulares están sujetas a las mismas disposiciones –sin que ello importe negar las especificidades propias de la primera– hay que reconocer que ambos tipos de responsabilidad dan lugar a acciones susceptibles de prescribir por el transcurso del tiempo.

El **principio general que rige sobre esta materia es la prescriptibilidad**, no sólo de la acción de responsabilidad extracontractual, sino de todo derecho. **La excepción es la imprescriptibilidad**, razón por la cual esta última requiere de una norma especial que así lo declare. Lo que decimos está confirmado por el sentido que debe darse a la prescripción. En teoría general del derecho, se trata de una institución de *"clausura"*, esto es, destinada a estabilizar y consolidar situaciones de hecho, transformándolas en situaciones de derecho. La sociedad requiere de *"seguridad jurídica"*, lo cual implica es-

tablecer relaciones de derecho formales y estables, capaces de proyectarse en el tiempo sin incertidumbres paralizantes. De aquí que, tanto la prescripción adquisitiva como extintiva, tengan por objeto hacer del tiempo un elemento de consolidación. Desde este punto de vista, no se observa diferencia entre la responsabilidad extracontractual del Estado y la que afecta a los particulares. En ambos casos, la prescripción resulta ser indispensable y cumple un papel igualmente necesario.

No puede ignorarse, tampoco, que tras la prescripción subyace una presunta voluntad abdicativa, puesto que quien deja pasar el tiempo admitiendo como legítima una situación de hecho, sin reclamar ante quien corresponde el reconocimiento de su derecho, en medida nada desdeñable manifiesta su tácita intención de abdicar del derecho afectado. Lo anterior opera con la misma fuerza y en la misma medida respecto del Estado y de los particulares.

La correcta doctrina parece hallarse en la sentencia recaída en los autos “Domic Bezić Maja con Fisco”, pronunciada por la Corte Suprema con fecha 15 de mayo de 2002 y redactada por el Ministro Urbano Marín. Comentando este fallo, Pedro Pierry Arrau señala que: *“no por ser la responsabilidad estatal de índole constitucional y de derecho público, no pueda extinguirse por el transcurso del tiempo (considerandos 13 y 14); que no repugna a la naturaleza de la acción que persigue la responsabilidad extracontractual del Estado la idea de aplicar las reglas del Código Civil a la prescripción extintiva (considerando 17); lo que no se produce mediante una aplicación supletoria, sino por mandato explícito del legislador en el artículo 2497 del Código Civil, que establece que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra del Estado (considerando 18); lo que constituye un mandato explícito del legislador (considerando 21). La sentencia, además, en el considerando 20, refuta con abundante doctrina a los autores que ‘por un excesivo afán de garantizar la autonomía e independencia del derecho administrativo han pretendido separar dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de las de otros derechos’³⁴.*

El fallo comentado nos parece especialmente significativo cuando reconoce, en el considerando decimosexto, que no sólo no hay norma positiva alguna que establezca de modo genérico la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otras instituciones estatales, *“sino, por el contrario, el régimen jurídico nacional ha sancionado preceptos que admiten y regulan esa modalidad de extinción de las acciones indemnizatorias respectivas...”³⁵*. Acto seguido, el mismo considerando alude al artículo 63 de la ex Ley General de Municipalidades (actualmente derogado), al Decreto Ley N° 3.557 de 1980

³⁴ Pedro Pierry Arrau. “Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Sistema actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema”. Trabajo publicado en *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Varios autores. Editorial Metropolitana. Año 2009, p. 89.

³⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 99. Segunda Parte. Secc. 1ª, pp. 95 y ss.

sobre Protección Agrícola en su artículo 8° y a la Ley Orgánica Constitucional N° 18.415. Si estas disposiciones han debido declarar la imprescriptibilidad de ciertas acciones y derechos que podían hacerse valer en contra del Estado, parece evidente que la regla general es la que expresa el artículo 2497 del Código Civil. La sentencia que comentamos abunda en razones para admitir la prescripción de las acciones que nacen de la responsabilidad extracontractual del Estado, agregando, luego de citar el texto del artículo 2497 del Código Civil, que dicha disposición *“nada tiene de insólita, si se recuerda que el artículo 2521 del mismo Código Civil establece que ‘prescriben en 3 años las acciones en favor o en contra del Fisco, y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos’, porque al fijar un término especial de prescripción para las acciones relativas a ingresos tributarios del Estado y de los municipios, regidos por una de las vertientes del Derecho Público y que es distinto de los plazos establecidos para la prescripción de otras acciones o derechos en el mismo Código, denota la voluntad del legislador en orden a que el Estado y demás entidades indicadas en el artículo 2497 quedaran afectas a sus reglas referentes a la materia, a pesar de incidir en asuntos naturalmente propios del Derecho Público”*³⁶.

De lo manifestado puede desprenderse, como conclusión, que la regla general, a la cual se halla sometida la responsabilidad extracontractual del Estado, es la prescripción de las acciones y derechos que emanan de la misma, salvo que exista una norma especial que los haga imprescriptibles, como sucede en los casos antes mencionados. En este segundo supuesto, cobra importancia el hecho de que la **prescriptibilidad sea la regla general** y la **imprescriptibilidad la excepción**, ya que en este último evento la respectiva norma jurídica deberá interpretarse restrictivamente, no pudiendo extenderse su aplicación a situaciones que no se encuentren especial y formalmente contempladas en norma especial. Por ende, sólo pueden considerarse imprescriptible las acciones y derechos que expresamente sean declarados como tales por una ley.

B. Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado según las normas establecidas en los tratados internacionales.

Probablemente sea esta cuestión la que suscita mayor controversia en la doctrina y la jurisprudencia. Como es sabido, no existe entre los especialistas acuerdo sobre el valor de los tratados internacionales en el derecho interno chileno. Para una corriente de la doctrina éstos tiene idéntico poder vinculante que la ley (especialmente habida consideración de lo previsto en el artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental, que dispone que los tratados internacionales, para su aprobación o rechazo por el Congreso Nacional, deben someterse *“en lo*

³⁶ Conviene precisar que fallo aludido (citado en la nota precedente), lleva la firma de los ministros señores Marcos Libedinsky, José Benquis, Urbano Marín, Abogados Integrantes Patricio Novoa y Fernando Castro y fue redactado por el Ministro Marín Vallejos.

pertinente, a los trámites de una ley", y lo señalado en el artículo 93 N° 1 de la misma Constitución, que somete a control preventivo de constitucionalidad a los tratados internacionales "que versen sobre materias propias" de leyes orgánicas constitucionales). Para otra corriente, los tratados internacionales que versan sobre "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", tienen el mismo poder vinculante que las normas de la Constitución (atendido lo prevenido en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Política y la circunstancia de que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía). No faltan tampoco los que postulan que el tratado internacional debe ubicarse por encima de la Constitución (en consideración a lo ya indicado, y al hecho de que estaríamos en presencia de un compromiso internacional del Estado). En fin, para otros doctrinadores el tratado internacional se halla por encima de la ley (habida consideración de su naturaleza contractual y legal), pero por debajo de la Constitución. Como puede constatarse, no nos encontramos ante un tema pacífico, ni es fácil dilucidar la cuestión sin adoptar posiciones muy controvertidas.

A nuestro juicio, el tratado internacional al incorporarse al derecho interno tiene idéntico poder vinculante que una ley (sea orgánica constitucional, de quórum calificado o simple ley, según el caso) y se le aplica, por lo tanto, el mismo estatuto y principios que corresponden a la ley. Como consecuencia de lo anterior, puede un tratado internacional establecer la imprescriptibilidad de una acción o derecho, en las mismas condiciones que puede hacerlo la ley interna. Empero, no es posible dar a la declaración de imprescriptibilidad carácter retroactivo (cuando el plazo de prescripción estuviere cumplido), pero tampoco puede invocarse la prescripción aduciendo que ella había comenzado a correr, pero no se ha enterado, al momento de producirse la declaración de imprescriptibilidad que da origen a la demanda de responsabilidad extracontractual. El fundamento jurídico de esta solución se halla en el artículo 26 la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que expresa lo siguiente: "Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción". Se dirá que esta norma está referida a la prescripción adquisitiva y no alcanza a la prescriptibilidad de las acciones y derechos que nacen de los ilícitos civiles. Lo indicado puede ser efectivo, pero no cabe duda que el artículo transcrito consagra un principio y que, a mayor abundamiento, en "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición". El sentido de la ley es claro. Desde el momento que entra en vigencia una ley (y el tratado internacional tiene la fuerza de tal), que establece la imprescriptibilidad de un derecho, éste no puede extinguirse por prescripción, porque en esta situación no se afecta sino una mera expectativa. Pero si la prescripción se ha cumplido, aun cuando no haya sido declarada judicialmente, la nueva ley no puede afectar un derecho ya constituido.

De lo manifestado se sigue, entonces, que la prescriptibilidad de un derecho no se rige por las leyes vigentes al momento de perpetrarse el hecho que genera la responsabilidad, sino por la ley vigente al momento de cumplirse el plazo de prescripción: si al momento de enterarse el plazo el derecho es prescriptible, no puede ni la ley ni el tratado internacional desconocer o impedir la consumación de este efecto. A la inversa, si el plazo está pendiente al momento de declararse imprescriptible el derecho, éste no se extinguirá por este medio en el futuro. Reiteremos que lo anterior se desprende claramente, a nuestro juicio, de lo prevenido en la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, especialmente, como se indicó, de lo que expresa el artículo 26 de la misma.

Sostenemos, en consecuencia, que es plenamente aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado lo que dispone el artículo 2332 del Código Civil, en el entendido que el plazo debe computarse a partir de la *“perpetración del acto”*, esto es, desde que el ilícito civil se ha consumado, lo que sucederá al concurrir todos los elementos que lo integran; y de que la acción resarcitoria no haya sido declarada imprescriptible antes de los cuatro años contados de la comisión del ilícito.

VI. Alguna jurisprudencia

La jurisprudencia ha jugado un papel importante en el desarrollo de la teoría sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Basta examinar cualquier trabajo o artículo sobre la materia para constatar lo que afirmamos. Ha habido fallos de gran repercusión, lo cual ha contribuido a abrir paso a muchas de las opiniones que se han vertido a este respecto. Por nuestra parte, nos limitaremos a examinar algunas sentencias que inciden en los puntos más discutibles acerca de este polémico tema.

A. Sobre la prescripción de la acción sobre responsabilidad extracontractual del Estado.

En **sentencia de la Corte Suprema de 30 de noviembre de 2009**, recaída en la causa *“Riveros Silva, Miguel, con Fisco de Chile”*³⁷, se plantea el problema de saber si la prescripción por daño moral, producido por la desaparición forzada de personas, que estaría regulada por el derecho público y no por las instituciones de derecho privado, excluye la aplicación de los artículos 2492, 2514 y 2332 del Código Civil (considerando cuarto). La Corte Suprema, en el considerando **duodécimo**, sostiene *“Que, en torno a esta materia, es necesario tener presente que por su carácter universal, la prescripción no es ajena a estos casos y puede operar en todas las disciplinas, salvo que la ley o la índole de la materia*

³⁷ MJCH. MJJ23492. Rol 1.748-08, MJJ23492.

determinen lo contrario". Extendiendo su razonamiento, en el considerando siguiente, **décimo tercero**, señala: "Que, dentro de nuestro ordenamiento no sólo no existe norma positiva alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otra institución estatal, sino, por el contrario, el régimen jurídico nacional consagra preceptos que admiten y regulan esa modalidad de extinción de las acciones indemnizatorias". Resueltamente la Corte Suprema, en el fallo que comentamos, admite la legitimidad de aplicar el "derecho común" en el silencio de una norma especial que rija esta materia, desarraigando, de esta manera, la pretensión de dar a la responsabilidad extracontractual del Estado un estatuto absolutamente ajeno a los principios consagrados en el Código Civil.

El considerando **décimo cuarto** señala: "Que la aplicación de las normas concernientes a la prescripción contempladas en el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna con la naturaleza especial que ella posee, si se considera que tales acciones inciden en el ámbito patrimonial y que, en ausencia de normas positivas que establezcan su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas de derecho común que se refieren específicamente a la materia, entre las que figura el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre la prescripción de la responsabilidad extracontractual".

El considerando siguiente –**décimo quinto**– expresa: "Que la aplicación del citado precepto corresponde en virtud de lo dispuesto en el artículo 2497 del referido Código, según el cual 'las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor o en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tiene la libre administración de lo suyo'". Reafirmando su argumentación, el considerando que sigue –**décimo sexto**– manifiesta: "Que la disposición legal recién transcrita nada tiene de particular si se considera que el mismo cuerpo normativo en su artículo 2521 dispone que 'prescriben en tres años la acciones a favor y en contra del Fisco y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos', porque, al fijar un término especial de prescripción para las acciones relativas a ingresos tributarios del Estado y de las municipalidades, regidas por una de las vertientes del Derecho Público y que es distinto de los plazos señalados para la prescripción de otras acciones o derechos en el mismo Código, el legislador manifiesta su voluntad en orden a que el Estado y las demás entidades indicadas en el artículo 2497 quedarán afectadas a las reglas referentes a la materia, a pesar de incidir en asuntos propios del Derecho Público". Culminan estos razonamientos en el considerando **décimo séptimo**, que concluye: "Que de lo razonado precedentemente se colige que la aplicación de las reglas del Código Civil, referentes a la prescripción extintiva de las acciones que se intenten en contra del Fisco y que no tienen un plazo especial de prescripción, obedece a un mandato explícito del legislador, claramente consignado en dicho cuerpo de leyes".

Resulta evidente, entonces, que el criterio de la Corte Suprema, en lo relativo a la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado, es aplicar los plazos de prescripción contemplados en el derecho común, supletorio en esta parte de las reglas del derecho público.

El fallo de mayoría mencionado fue adoptado con un **voto disidente** en el cual se asevera que la responsabilidad que se persigue en estos autos *“no es de índole patrimonial, como se asegura, porque los hechos en que se sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual, sino, simplemente humanitaria; y es de esta clase en razón de que la pretensión del actor se fundamenta en haberse dado muerte a su padre en completa indefensión por militares que disponían de gran poder de coerción”*. En verdad, este razonamiento del disidente nos parece inspirado en un sentimiento ajeno absolutamente a la normativa jurídica, ya que no se justifica en qué consiste una *“relación humanitaria”*, sustancialmente diversa de una relación contractual o extracontractual, ni en qué texto jurídico se apoya el disidente. Por otra parte, de los delitos nacen acciones penales y acciones civiles en favor del ofendido, las que, como tales, están sujetas a extinguirse por obra de la prescripción, salvo, por cierto, que la misma norma declare expresamente su imprescriptibilidad. El disidente, para justificar su posición, recurre a lo previsto en el contenido de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ninguna de dichas disposiciones declara imprescriptible el derecho a ser indemnizado con ocasión de la perpetración de un delito. El artículo 1.1 trata de un compromiso asumido por el Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna. El artículo 63.1 ordena que, en caso de violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte Internacional de Derechos Humanos (regulada en la misma Convención) dispondrá, *“si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*. Como puede apreciarse, se trata de un mandato a la Corte Internacional de Derechos Humanos y no a los tribunales internos de los países que suscriben la Convención. No se divisa, entonces, cómo puede deducirse de estas normas una hipotética imprescriptibilidad de la acción de responsabilidad extracontractual. Tampoco el disidente repara en el hecho de que la citada Convención se incorporó al derecho interno chileno el año 1991, y la perpetración del acto dañoso ocurrió, de acuerdo a los antecedentes del juicio cuya jurisprudencia comentamos, el año 1981. Finalmente, la alusión del disidente a los artículos 131 de la Convención de Ginebra y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es impertinente, si se considera que la Convención Americana de Derechos Humanos que se invoca, como se dijo, se incorporó al derecho interno en 1991 y no existe en ella compromiso internacional alguno de nuestro país en orden a declarar imprescriptible la responsabilidad extracontractual del Estado. En lo demás el voto disidente no hace más que remitirse a disposiciones constitucionales y legales ya latamente comentadas.

En sentencia de la Corte Suprema, de 27 de diciembre de 2006, recaída en autos “Martínez Ruiz, Josefina, con Fisco de Chile”³⁸, se contienen análogos argumentos a los antes analizados y se desdican, además, las razones dadas por el voto disidente citado en el párrafo que antecede.

En el considerando **décimo tercero** de esta sentencia se reafirma la idea que la responsabilidad extracontractual del Estado está sujeta, en cuanto a su prescriptibilidad, a las normas del derecho común: *“Que... es necesario tener presente que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, la circunstancia de que determinadas responsabilidades se encuentren reguladas por normas pertenecientes al Derecho Público no constituye óbice para que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, con arreglo a disposiciones pertenecientes a esa rama del derecho, dado que la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica y, como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, entre otros, en las disciplinas correspondientes al Derecho Público, salvo que por ley o, en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, las imprescriptibilidad de las acciones”*.

El considerando siguiente –**décimo cuarto**– reconoce que no existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado: *“Que, en el señalado orden de ideas, cabe apuntar que, dentro de la legislación nacional, no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales”*. En la misma línea argumentativa, el considerando **décimo quinto** expresa: *“Que, siguiendo la misma línea de razonamientos, debe tenerse presente que la aplicación de las normas concernientes a la prescripción contempladas en el Código Civil a las acciones mediante las cuales se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, dado que tales acciones pertenecen al ámbito patrimonial y que, por ende, en ausencia de normas que consagren su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas específicamente a la materia”* (Argumento perfectamente similar al contenido en el considerando décimo cuarto del fallo antes comentado).

En el considerando **décimo sexto** se reproduce el artículo 2497 del Código Civil, ya citado, para insistir en el hecho de que la prescripción corre a favor y en contra del Estado por disposición expresa de la ley. Asimismo, en el considerando siguiente –**décimo séptimo**– se declara aplicable en la especie el artículo 2332 del Código Civil, que extingue la acción de responsabilidad extracontractual en el plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto ilícito.

³⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo CIII. Año 2006. Segunda Parte. Secc. Primera, p. 797.

Acto seguido, esta sentencia se hace cargo de los argumentos “internacionales”, acogidos en el voto disidente antes analizado. En efecto, el considerando **décimo octavo** señala: *“Que el recurso ha imputado, asimismo, a la sentencia que cuestiona, haber transgredido, al aceptar la excepción de prescripción opuesta por el Fisco, diversas normas pertenecientes al Derecho Internacional de Derechos Humanos, que consagran la imprescriptibilidad en materias relativas a la protección de estos derechos, mencionando, a tal efecto, en primer término, el ordenamiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– promulgado mediante Decreto Supremo N°873, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991”*. Los dos considerandos siguientes, **décimo noveno** y **vigésimo**, se hacen cargo de estas alegaciones en los siguientes términos:

“Décimo noveno: Que semejante reproche aparece desprovisto de fundamentación atendible, puesto que, si bien dicho tratado tiene la fuerza normativa que le reconoce el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, su vigencia arranca de una época posterior en el tiempo a aquélla en que ocurrieron los hechos objeto del actual juzgamiento, de modo que sus disposiciones no le resultan aplicables.

“Sin perjuicio de lo expresado, necesario es puntualizar que está en lo cierto la sentencia recurrida cuando afirma que la mencionada Convención no contiene regla alguna que permita afirmar la imprescriptibilidad de las acciones civiles encaminadas al resarcimiento de los perjuicios derivados de la violación de los derechos humanos.

“Por lo que toca específicamente al artículo 63 –única disposición del Pacto que el recurso presenta como vulnerada–, basta una somera lectura de su texto para comprender que en él se plasma una norma imperativa dirigida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que ninguna correspondencia guarda con la materia comprendida en el recurso”.

“Vigésimo: Que tampoco se ha infringido en la sentencia impugnada, como lo afirman los recurrentes, el artículo 131 de la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra de 1949, publicada en el Diario Oficial de 18 de abril de 1951, pues la autoexoneración que esa norma impide a los Estados contratantes se encuentra circunscrita, en virtud de la remisión que en ella se hace a las disposiciones procedentes de su texto –en los artículos 129 y 130–, únicamente a la responsabilidad criminal por graves delitos que dicha normativa describe y no alcanza al ámbito de la responsabilidad civil en términos de vedar la prescripción de las acciones tendientes a hacerla exigible”.

Queda, de esta manera, claramente consagrada la doctrina que sustenta la jurisprudencia de la Corte Suprema, en orden a que la acción civil de respon-

sabilidad extracontractual del Estado, en materia de prescripción, se rige por las normas del derecho común, quedando ella sujeta al plazo de prescripción consagrado en el artículo 2332 del Código Civil, esto es, cuatro años contados desde a perpetración del acto. Conviene tener en consideración que la ley habla directamente de “perpetración del acto”, razón por la cual se ha entendido que ello implica la consumación del ilícito civil, lo que, a su vez, importa la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos.

B. Sobre la “falta de servicio”

Sobre esta materia se han pronunciado varias sentencias. Nos referiremos a aquellas que nos parecen más significativas.

La Corte Suprema, en sentencia de 26 de enero de 2005, recaída en autos caratulados “Bustos Riquelme, María A., con Fisco de Chile”³⁹, señala lo siguiente en lo relativo a la “falta de servicio”:

“Décimo: ...la noción de falta de servicio como vertiente específica de responsabilidad estatal por actos u omisiones de su administración juega en el plano de las actividades de los organismos que la integran respecto de los usuarios o destinatarios de los servicios correspondientes y no se aplica en las relaciones de esos entes con sus dotaciones.

“Undécimo: Que la responsabilidad del Estado por actos de la Administración, consagrada genéricamente en el art. 4° de la Ley N° 18.575, emana de la naturaleza misma de esa actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas acciones que debe desarrollar en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para el cumplimiento de los fines y deberes reconocidos en el artículo 1° de la Constitución Política, para lo cual debe hacer uso de todas las potestades y medios jurídicos y materiales que ella le otorga, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de la rama del Derecho Público”.

“Duodécimo: Que siendo hechos establecidos en la causa que el autor de las lesiones al hijo del demandante fue un cabo de Ejército; que ellas tuvieron lugar en el interior del Regimiento N° 14, ‘Aysén’ de Coyhaique, y que la víctima a la fecha de ocurrencia de los hechos cumplía con el Servicio Militar Obligatorio, es indudable que el Estado debe responder por el daño irrogado, ya que se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad,

³⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo CII. Enero-junio año 2005. Segunda Parte. Secc. Primera, p. 63.

respecto de quien cumplía con el deber militar que le corresponde a todo varón mayor de 18 años; servicio que persigue como fin preparar el contingente necesario para la defensa del país y, consecuentemente, permitir al Estado cumplir con el deber de resguardo de la seguridad nacional que le impone la Carta Fundamental”.

Especialmente relevante nos parece la afirmación de que la “falta de servicio” es una vertiente específica de la responsabilidad del Estado por actos u omisiones de la Administración, y dirigida a los usuarios o destinatarios de los servicios que debe brindar el Estado. Igualmente relevante resulta la afirmación de que la responsabilidad consagrada genéricamente en el artículo 4° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, “emana de la naturaleza misma de la actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad”. Como puede apreciarse, este concepto –“falta de servicio”– se halla en la raíz de la actividad de la Administración.

En sentencia de la Corte Suprema, de 6 de septiembre de 2006, recaída en recurso de casación en el fondo, en los autos deducidos por “Juan Pablo Santelices y Marcela Luz Palacios Larenas contra la I. Municipalidad de Concepción”⁴⁰, se expresa lo siguiente sobre el concepto de “falta de servicio”:

“12°.- Que, entonces, el problema se encuentra acotado, puesto que la conclusión final del fallo impugnado consiste en que no hubo falta de servicio por parte de la entidad demandada.

“Esta Corte, no puede sino concordar con dicho predicamento, pues para que concurra falta de servicio, es menester que exista una obligación legalmente consagrada, respecto de determinado órgano de la Administración, de prestar alguno concreto y específico. Entonces, la responsabilidad operará cuando el servicio a que por ley está obligado no se preste, se cumpla en forma tardía, o de manera insuficiente, y luego exista relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación, o cumplimiento tardío o inadecuado, y el daño producido.

“13°.- Que, en el presente caso, lo anterior no ocurre porque no se ha invocado una falta de un servicio directo, concreto y determinado que la ley haya obligado a prestar a la municipalidad demandada, en relación con los hechos de autos y cuya inobservancia haya producido, también de modo directo, los perjuicios que se reclaman y se le hace responsable.

“Para configurar una situación jurídicamente vinculante respecto de la entidad demandada –como la que se invoca en la demanda– resulta por

⁴⁰ Sentencia publicada en la *Revista Fallos del Mes*, N°573. Septiembre 2005-2006, p. 2373.

completo insuficiente la mera existencia de la obligación de inspeccionar las obras, según la normativa traída a colación por el recurso de casación en el fondo, o la de aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, sin perjuicio de que los hechos de la causa no se vinculan con la obligación atribuida a la autoridad recurrida de revisar la ejecución de la obra en terreno.

“14°.- Que, por otra parte, entender que en la especie ha existido falta de servicio municipal, implica extender en demasía dicha noción, puesto que como aparece del libelo pretensor, los hechos se desencadenaron debido a factores climáticos, esto es, intensas lluvias que inundaron los accesos y jardines del inmueble del actor, lo que hizo que la empresa constructora para mitigar el problema haya construido rejillas de captación de aguas, para recibir las aguas lluvias que escurren superficialmente por la calle y conducirlas hacia el colector, donde se habría producido la inundación y los daños que habrían provocado la desvalorización del inmueble del demandante”.

En este fallo, creemos nosotros, se sienta la correcta doctrina en materia de “falta de servicio”. Se trata de aquellas prestaciones que el órgano de la Administración está obligado a prestar en virtud de un mandato legal. Este servicio debe ser determinado, concreto y específico. No es admisible, por ende, establecerlo genéricamente o deducirse indirectamente de una norma relacionada. La Administración está sujeta a un estatuto jurídico que fija sus deberes y obligaciones para con los usuarios. Cuando estos deberes no se cumplen, o se cumplen imperfectamente o con retardo, nace la “falta de servicio”, que, a nuestro juicio, es una especie de culpa de la Administración, sujeta a una presunción simplemente legal.

En sentencia de la Corte Suprema de 15 de octubre de 2009, en autos seguidos en contra de la Municipalidad de San Ramón por falta de servicio, se consignan los siguientes razonamientos⁴¹.

“Cuarto: Que sobre la base de estos hechos y de los preceptos legales que invoca en su parte considerativa –cuya aplicación e interpretación se reprocha por el presente recurso en los términos que se han relacionado precedentemente–, la sentencia recurrida estableció la responsabilidad extracontractual de la Municipalidad demandada, por falta de servicio, la que tiene por configurada al no haber señalado en el sitio de la calzada donde ocurrió el accidente, la existencia de un hoyo o bache en ella, advirtiendo el peligro que representaba a quienes por allí circulaban; situación que acarrió como resultado las lesiones que experimentó el demandante Godoy Villouta

⁴¹ Esta sentencia no se encuentra aún publicada.

y que obliga al ente municipal demandado a asumir la reparación de los perjuicios de índole moral que de ello se han seguido para dicha persona;

“Quinto: Que precisada de la manera antes referida la cuestión de hecho implícita en la controversia, resulta conveniente iniciar este examen por definir qué tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio. Si bien, la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 44 del Código Civil, conlleva la constatación de una carencia o ausencia de actividad. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta por el ordenamiento jurídico. Ello supone afirmar algo más que el daño causado, toda vez que debe haber algún punto de imputación que se basará en la ausencia de una actuación debida por parte del municipio condenado;

“Sexto: Que conforme a lo expuesto, al ser la falta de servicio el factor que desencadenará la responsabilidad municipal, ésta necesariamente supone que el municipio incurra en una falta en su actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado o, al menos, debió haberse entregado en mejor forma;

“Séptimo: Que, como ha quedado dicho, a la Municipalidad de San Ramón se le ha atribuido responsabilidad extracontractual por falta de servicio, por haber estimado los jueces del fondo que incumplió su deber de señalar el mal estado de la calzada a fin de advertir de los riesgos que ello implicaba para sus usuarios;

“Octavo: Que en el caso sub lite ha de plantearse la cuestión relativa a qué debe entenderse por una señalización adecuada. Esta última estará determinada por los factores de riesgo detectables en un sector o intersección determinada, lo cual conduce a analizar la entidad de dichos factores de riesgo en el sector en que se produjo el accidente que se le achaca al municipio demandado. En efecto, la noción de falta de servicio a que se debe acudir es funcional y no formal, pues habrá que indagar el riesgo real de accidentes en el caso concreto de la esquina en que ocurrió el siniestro que motiva la acción indemnizatoria de estos autos;

“Noveno: ...

“Décimo: ...En esas circunstancias, no puede considerarse que ha existido una falta de servicio si el gobierno comunal de que se trata no ha incurrido en incumplimiento de estándares mínimos de funcionamiento de sus servicios”.

Las reflexiones que anteceden, a nuestro juicio, son confusas y no apuntan en la dirección correcta. Desde luego, la descripción que se hace y lo que debe entenderse por *"falta de servicio"* coincide con la noción de culpa. La *"carencia o ausencia de actividad"*, cuando ella ha debido realizarse por un imperativo legal, es típicamente una manifestación de descuido, desatención, negligencia o carencia de la diligencia debida. ¿Por qué no reconocer, entonces, que la *"falta de servicio"* no es más que una especie de culpa imputable a la Administración? ¿Por qué no admitir que la *"falta de servicio"* importa una presunción de culpa susceptible de desvanecerse alegando una causal de exención de responsabilidad? La Corte Suprema divaga sobre la naturaleza jurídica de la *"falta de servicio"*, pero no llega a una conclusión, dejando dicha noción en la penumbra. A lo anterior hay que agregar el hecho de que se vincula, sin necesidad alguna, el *"riesgo"* al concepto de *"falta de servicio"*, aproximándose con ello peligrosamente a la noción de *responsabilidad objetiva*, que, como se comentó en las páginas que anteceden, ha sido postulada por varios autores. En suma, se razona sobre la base de la culpa, negándose, sin embargo, expresamente, esta calidad (*"la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados por el artículo 44 del Código Civil"*). Para caracterizar esta noción se recurre a la *"carencia o ausencia de actividad"*, la misma que la Administración debe realizar por imperativo legal. Por último, cabe descartar en el análisis toda consideración a los *"factores de riesgo"*, que si bien pueden interesar para mediar el descuido, la desidia o negligencia del órgano público no forman parte de la *"falta de servicio"* que se satisface por el solo hecho de no ejecutar la prestación debida, ejecutarla imperfectamente o en forma retardada. En consecuencia, la *"falta de servicio"* es un factor normativo y no meramente funcional, como lo entiende la Corte Suprema. El último considerando transcrito (décimo) permite medir la identidad entre *culpa* y *falta de servicio*, puesto que esta última noción, al decir de los falladores, importa violentar los *"estándares mínimos de funcionamiento de sus servicios"*, elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual.

C. Sobre el carácter directo de la responsabilidad extracontractual del Estado

Finalmente, citaremos una sentencia que incide en el carácter directo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En sentencia de la Corte Suprema de 19 de octubre de 2006⁴² se consignan las siguientes reflexiones:

⁴² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo CII. Julio-Diciembre año 2005. Segunda Parte. Secc. 5ª, p. 1081.

“Sexto: Que, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, el principio de la responsabilidad del Estado, si bien se encuentra consagrado en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República, no indica cuál es su naturaleza, de suerte que para determinarla debe necesariamente recurrirse a la ley, en este caso, el artículo 4° del D.F.L. 1 – 19.653, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Esta disposición previene que el Estado es responsable por los daños que causaren los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que la hubiere ocasionado.

“Séptimo: Que esta responsabilidad del Estado que se consagra en el precepto legal referido en el fundamento anterior, como lo ha sostenido esta Corte, es de carácter genérico, pues emana de la naturaleza misma de esa actividad estatal, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad, de las variadas que debe desarrollar en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para el cumplimiento de las funciones y deberes reconocidos en el artículo 1° de la Carta Política, para lo cual debe hacer uso de todas las potestades y medios jurídicos y materiales que ella le otorga, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de la rama del Derecho Público.

“Octavo: Que no es valedero sostener, como se plantea en el presente recurso, que en la especie el Fisco estaría libre de responsabilidad, porque el funcionario autor de un delito dañino no puede ser calificado como órgano estatal que haya actuado en el campo de su competencia legal. En efecto, el citado artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al configurar la responsabilidad estatal por los daños que causen los órganos de su Administración, no la excluye porque ella puede ser consecuencia de una falta personal del agente público cuya acción u omisión provoca el perjuicio indemnizable, recogiendo la misma noción que se consigna en el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Política Nacional.

“Noveno: Que, en este sentido, entre otros autores, don Enrique Silva Cimma señala que para que sea procedente la responsabilidad estatal de Derecho Público, que establecen las disposiciones relacionadas en el motivo anterior, ‘no es necesario siquiera individualizar a la persona natural que con su acción u omisión causó el perjuicio, ni probar la culpa o daño de su conducta, ni tampoco discernir si la actuación de la administración fue lícita o ilícita o si se materializó en un hecho material o en un acto administrativo’ (*Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control*

Público. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1994, pág. 217) y, a su vez, José Bidart Hernández anota que... ' la teoría del órgano se limita a constatar para hacer nacer la responsabilidad extracontractual del Estado, si el daño ha sido causado a consecuencia de la actuación, la omisión del retardo o el funcionamiento parcial de un servicio, excluyendo del análisis si el daño resultante es imputable a culpa o negligencia del funcionario público...' (*Sujetos de la Acción de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, pág. 207)".

La sentencia transcrita reconoce que la responsabilidad extracontractual del Estado es directa y que, desde la perspectiva del dañado, no es necesario probar quién es el autor del daño. Basta que éste provenga de un órgano estatal y tenga como antecedente inmediato la "*falta de servicio*" de la Administración. Con todo, hay que reconocer que puede el afectado accionar contra el autor del daño (cuando le haya sido posible su identificación) y contra la Administración, puesto que existe responsabilidad solidaria de ambos como autores del ilícito civil (delito o cuasidelito).

Como puede comprobarse, la jurisprudencia no ha conseguido esclarecer los conceptos en juego ni mucho menos adoptar una teoría general sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Insistimos que su aporte ha sido mezquino, ya que, como se ha señalado, no se aborda derechamente, por vía de ejemplo, la naturaleza de este tipo de responsabilidad y el alcance y sentido que debe darse a la "*falta de servicio*", noción que enriquece esta materia al introducir nuevas categorías normativas a la teoría general de la responsabilidad.

VII. Conclusiones a modo de resumen

Aun cuando no es fácil extraer algunas conclusiones a modo de resumen, parece necesario intentarlo, habida consideración de los numerosos problemas que plantea este tema y que quedan abiertos a la discusión y el diálogo.

No se trata, por cierto, de conclusiones definitivas, puesto que abordamos un tema polémico, en que serán necesarios nuevos juicios y pareceres, atendido el hecho de que la responsabilidad extracontractual del Estado seguirá siendo objeto de controversia y disensiones. En la medida que la Administración extiende su actividad –productora, fiscalizadora, reguladora, supervisora de la acción privada– irán multiplicándose las demandas sobre responsabilidad del Estado. De aquí que sea conveniente abordar esta cuestión y proponer a la brevedad, una teoría general sobre la materia. No puede dejarse de lado el hecho de que el contencioso administrativo, que durante muchos años no tuvo sede jurisdiccional, puesto que no se habían creado los tribunales especiales

instituidos en la Constitución para atender este tipo de controversias, han pasado a manos de los tribunales ordinarios de justicia. De lo anterior parece desprenderse un cierto reconocimiento de que son los principios de derecho común los llamados a orientar la solución de estos conflictos.

Nuestras conclusiones, fundadas en las razones antes consignadas, en una muy apretada síntesis, son las siguientes:

1. La Constitución Política de la República apunta, preferentemente, a la organización y funcionamiento de los poderes públicos y no a la solución de conflictos intersubjetivos, sin perjuicio, por cierto, de todo lo relacionado con los derechos esenciales protegidos por la Carta Política. Por lo tanto, no debe invocarse su supremacía para la construcción de un estatuto destinado a resolver problemas que se encuentran regulados en las leyes, mucho menos si se intenta con ello sustituir la legislación común para reemplazarla por un estatuto deducido, impreciso y general. En otros términos, negamos la posibilidad de que exista un régimen de responsabilidad extracontractual del Estado basado en normas constitucionales, de derecho público, opuesto al régimen civil de responsabilidad extracontractual establecido en el derecho común (civil). La tentativa de construir un sistema diferente, basado en normas dispersas y muy generales, no logra, creemos nosotros, su objetivo, pero sí confundir y oscurecer esta temática.

2. No es dable, en este momento, aceptar una distinción entre “actos de autoridad” (en que el Estado actúa como soberano) y “actos de gestión” (en que el Estado actúa como sujeto de derecho común). Se trata de una distinción superada tanto en Chile como en el extranjero, razón por la cual no cabe volver sobre ella en el futuro.

3. Las disposiciones constitucionales que se invocan para la construcción de un régimen especialmente aplicable a la Administración sobre responsabilidad extracontractual del Estado, no sólo son insuficientes para alcanzar este propósito, sino que todas ellas se remiten al imperio de la ley, clausurando la tentativa por darles un alcance especial. El análisis de los artículos 6°, 7° y 38 inciso 2° de la Carta Política revela que la responsabilidad extracontractual del Estado está entregada a la regulación legal. La remisión que las normas constitucionales hacen a las normas legales nos parece un argumento definitivo para excluir la proposición de elaborar un estatuto constitucional sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, en contravención al mandato expreso de Carta Fundamental.

4. Las disposiciones legales que se citan para dar fisonomía propia a un estatuto especial sobre responsabilidad extracontractual del Estado tampoco sirven este objetivo. Particularmente elocuente resulta el examen de los artículos 2°, 4° y

42 de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, todas las cuales dejan en evidencia que esta materia está regida por el derecho común. En ninguna de ellas se configura un tipo de responsabilidad objetiva, que opere ipso jure, que sólo requiera una relación causal material y que sea imprescriptible. Sin embargo, existen leyes especiales que, en casos particulares y específicos, establecen este tipo de responsabilidad para sancionar infracciones muy calificadas, lo cual es indicativo de que la regla general es otra.

5. Excluimos, en consecuencia, toda posibilidad de atribuir a la responsabilidad extracontractual del Estado un carácter objetivo, que opere de pleno derecho, *ab initio*, de causalidad material e imprescriptible. Ninguno de estos rasgos tiene asidero en nuestro derecho. La construcción doctrinaria que postula un estatuto objetivo extrae todas estas características de disposiciones asociadas a la responsabilidad del Estado, pero perfectamente compatibles con los principios en que se sustenta la teoría consagrada en el derecho común sobre la responsabilidad extracontractual.

6. La responsabilidad extracontractual del Estado, no obstante su asimilación al derecho común, tiene especificidades que la singularizan, pero sin darle una fisonomía propia y opuesta al derecho común. Se trata de una "responsabilidad directa del Estado" (diferente a la responsabilidad vicaria contenida en nuestro Código Civil); el concepto más característico y singular es la "falta de servicio", que incide en la culpa de la Administración en la prueba y en la conducta de los empleados o agentes del Estado; la responsabilidad del Estado genera dos fuentes diversas, por una parte la que incumbe a la Administración (directa) y la que incumbe al autor del daño, pudiendo hacerse valer solidariamente o por separado; la relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual del Estado, por "falta de servicio" o por "falta personal" es normativa y no material; el Estado conserva siempre el derecho de reclamar el reembolso de lo pagado por concepto de indemnización cuando el daño proviene de hecho o culpa de sus dependientes. Estas singularidades se avienen perfectamente bien con las normas comunes sobre responsabilidad, sin romper su unidad y armonía.

7. La "falta de servicio" aparece como una nueva manifestación de culpa, sólo imputable a la Administración. Ella constituye una presunción simplemente legal de culpa, que admite, por lo tanto, prueba en contrario. Por lo mismo, basta al dañado con acreditar que no se prestó el servicio, o que se prestó imperfectamente, o con retardo, para reclamar la reparación indemnizatoria, pudiendo la Administración exonerarse de responsabilidad acreditando que no ha habido de parte de sus funcionarios o agentes culpa (factor de imputación), o que el daño obedece a la acción de un tercero, o a un caso fortuito o fuerza mayor u otra causal de justificación. La sola circunstancia de no haberse un prestado un servicio a que estaba obligada la Administración, o de haberlo prestado

imperfectamente, o con retardo, compromete la responsabilidad del Estado, presumiéndose culpa de la misma, pero pudiendo la Administración acreditar su exoneración de responsabilidad bajo los presupuestos señalados.

8. El servicio que presta el Estado debe hallarse dispuesto en el ordenamiento jurídico, lo cual delimita las fronteras de su actividad y sus obligaciones. No pueden exigirse al Estado sino aquellos servicios que se encuentran ordenados en las normas jurídicas. En consecuencia, la responsabilidad del Estado deriva siempre y necesariamente de una acción antijurídica, esto es, formal o materialmente contraria a derecho. Si el servicio que reclama el imperado no se encuentra ordenado en el sistema normativo, no puede imputarse responsabilidad a la Administración.

9. La responsabilidad del Estado supone la ejecución de un acto antijurídico, esto es, material o formalmente contrario a derecho, así el hecho sea imputable al órgano público a uno de sus agentes o dependientes. Lo obrado por el funcionario compromete al Estado, sea que exista la posibilidad de evitar el daño o que ello resulte imposible. Se amplía la responsabilidad extracontractual del Estado al negársele la posibilidad de acreditar que no ha habido manera de evitar el daño. La actividad de la Administración ajustada derecho no genera responsabilidad extracontractual, pero puede derivarse de ella un deber de compensación patrimonial en favor de la víctima para efectos de hacer realidad la igual repartición en las cargas públicas.

10. Las "faltas personales" (de los funcionarios o agentes públicos), así sean "radicadas" o "anónimas", generan responsabilidad por "falta de servicio", sólo se excluye la "falta personalísima" cometida en el ejercicio de su función, en determinados casos, debiendo distinguirse la desvinculación "material y psicológica" del dañador con la Administración. Para comprometer la responsabilidad del Estado sería suficiente que la posición que ocupa el agente estatal haya sido necesaria para provocar el daño o que los medios e instrumentos que proporciona la Administración a su dependiente hayan sido indispensables para consumar el ilícito.

11. El Estado es responsable de su actividad material (área en que inciden todos los elementos que la conforman) y no es responsable de la actividad jurídica, salvo disposición expresa en contrario. El sistema normativo prevé los recursos y los medios con que cuenta el imperado para evitar los daños que tengan como causa primordial la actividad jurídica de la Administración. En estos casos el Estado responde sólo cuando la norma lo autoriza expresamente, como sucede, por ejemplo, con la actividad jurisdiccional.

12. La responsabilidad extracontractual del Estado prescribe conforme las reglas generales del derecho común. La imprescriptibilidad constituye una excepción

que debe consagrarse en términos formales y explícitos en la ley. La regla general, por consiguiente, es la prescriptibilidad de todos los derechos y acciones, situación reconocida en el derecho común tanto respecto de la prescripción adquisitiva como extintiva.

13. Las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos esenciales de la persona humana no alteran las normas de derecho común que gobiernan esta materia. No hay, por lo mismo, contradicción entre lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y las normas de derecho común sobre la responsabilidad extracontractual.

14. No es dable confundir el pago para compensar perjuicios causados por actividades lícitas de la Administración con la responsabilidad extracontractual del Estado. Si un daño es provocado por la Administración en cumplimiento de un deber jurídico, deberá ésta repararlo, pero el deber de hacerlo surgirá de la integración de una laguna legal en el evento de que no exista norma que lo resuelva. En este caso no hay aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual.

15. La jurisprudencia ha reconocido los rasgos esenciales que atribuimos a la responsabilidad extracontractual del Estado, señalando que ella está sujeta a las normas de derecho común, salvo las especificidades que anotamos en lo precedente.

Responsabilidad extracontractual/responsabilidad constitucional del Estado:

El nudo gordiano de dos doctrinas en pugna

Julio Alvear Téllez

Profesor Investigador Facultad de Derecho UDD

Colaborador honorario Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

Doctor en Derecho / Becario Alban de la Unión Europea

Universidad Complutense de Madrid

Resumen: En el presente número de *Actualidad Jurídica* el profesor Pablo Rodríguez Grez en su artículo titulado “Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado” formula una tesis de notable importancia para la doctrina y la jurisprudencia nacionales, aquejadas de fórmulas e interpretaciones disímiles, cuando no opuestas, que afectan la intelección de bienes constitucionales de tanto peso como la primacía de la persona, la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y el papel servicial del Estado, así como nociones tan precisas para el derecho civil como la responsabilidad.

Que la responsabilidad patrimonial del Estado administrador deba diseñarse *in recto* con categorías elaboradas por el derecho civil, cual es la idea que ronda la propuesta del profesor Rodríguez, es una postura de difícil aceptación para quienes cultivamos el derecho público. Y, sin embargo, el artículo citado propone esto y bastante más en el plexo de un amistoso pero acerado desafío. Porque si se analiza con detención la propuesta, se llega a una conclusión ineludible: no sólo de *facto* el derecho civil sería capaz de dar una respuesta satisfactoria –a la vez precisa, cabal y sistemática– a la cuestión de la responsabilidad del Estado Administración, atendiendo sus singularidades, sino que de *iure* le competaría hacerlo por su indiscutible autoridad en el ámbito de la dogmática jurídica y de la teoría general del derecho. De hecho, acusan civilistas de otras latitudes, aun en el evento de que el derecho público estatuyera con puntillosa especificidad el régimen de responsabilidad del Estado, sería imposible arribar a una noción científica de responsabilidad sin los presupuestos definitorios del derecho civil.

En nuestro país la discusión que se ha abierto a este respecto presenta rasgos del todo singulares. Es oportuno discernir el fondo de cuadro que la hace factible:

1. Existencia de una jurisprudencia cambiante, indecisa e incluso contradictoria en torno a la naturaleza y elementos calificadores de la responsabilidad del Estado Administrador¹.

2. Existencia de corrientes de opinión disímiles para sustentar, apoyar o discutir las variables de la jurisprudencia precedente y para diseñar –vía interpretación de nuestro sistema constitucional y legal– el régimen de responsabilidad aplicable en Chile².

3. Diferencias de doctrinas políticas acerca del rol que le cabe al Estado en el régimen constitucional chileno, con reflejos en la concepción y sentido del derecho administrativo³.

¹ Ferrada (2004) p. 109 habla de una “jurisprudencia caótica y contradictoria... que aplica reglas jurídicas de otros ordenamientos sin medir las consecuencias jurídicas que ello involucra”; Viñuela (2005) p. 15 se refiere a la “falta de unidad y consistencia ... que impide afirmar que exista en Chile un sistema consolidado que sea garantía suficiente para los administrados de que los daños que les ocasionen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones vayan a ser efectivamente reparados”. En la materia, el profesor Soto Kloss (2009) pp. 714–724, 727–733, 740–776, 779–787 estudia las tendencias cambiantes hasta la contradicción y las líneas que permanecen. Un ensayo de tipificación en tres etapas de las tendencias de nuestra jurisprudencia a lo largo de nuestra historia y particularmente en los últimos treinta años, en Román (2009) pp. 432–455 y pp. 449–454, respectivamente. Román p. 453 alude a la oscilante jurisprudencia y al “margen interpretativo ilimitado” que se le ha otorgado al juez, pero atribuye el problema a las “normas escasas y excesivamente genéricas”. En el mismo sentido, Cordero (2003) y (2004) p. 389. Todo lo cual es reducir la dificultad a una cuestión de geometría legal y no de principios.

² Excedería el límite de este trabajo enunciar las distintas opiniones de la doctrina chilena reciente sobre los diversos aspectos de la responsabilidad del Estado. A modo de referencia, en la última década se pueden discernir al menos cuatro posicionamientos generales y sistémicos sobre el problema:

i. Un posicionamiento “privatista”: Corral Talclani (2003a) y (2003b).

ii. Una postura “estatista”: Pierry Arrau (2009), con reproducción de artículos ya publicados, especialmente pp. 31–71, pp. 73–84 y pp. 83–103.

iii. Una posición “personalista”: Soto Kloss (2009), con transcripción de artículos editados, especialmente el capítulo V, pp. 697–788. La importancia de esta posición, con reflejos en el derecho comparado, en libro homenaje Martínez Estay (2009).

iv. Una postura ecléctica: Roman Cordero (2005).

La propuesta del último autor citado, con ser de gran interés por su pulcritud teórica y su oportuno aprovechamiento de la doctrina española y argentina, deviene desgraciadamente en sus conclusiones en un eclecticismo pragmático de muy dificultosa aplicación.

³ En el derecho administrativo chileno existen al menos dos corrientes suficientemente caracterizadas: una corriente “personalista”, sustentada con vigor desde la década de los setenta por Soto Kloss (1996) y (2009) y una contra-corriente “estatista”, heredera del concepto de Administración que en las décadas de los cincuenta y sesenta defendían Aylwin (1952) y Silva Cimma (1962) y (1969). Con el calificativo de “personalista” no es nuestra intención adscribir la homónima tendencia a los presupuestos antropológico-políticos de pensadores tan objetables como Maritain o Mounier, sino simplemente recalcar la primacía que en ella juega la noción de persona ante un Estado que se concibe como servicial y subsidiario. Sobre el calificativo de “estatista”, Aldunate Lizana (2000) p. 7 sostiene sin demostrarlo que es una “trivialidad” para identificar a quienes no siguen la “moda” de la responsabilidad objetiva del Estado. Como si el principio de que el Estado debe ser responsable de su actividad fuera una moda... En el espacio que oscila entre estas dos corrientes se nota una variedad de subtendencias, no lo suficientemente consolidadas en sus prenaciones políticas y en su valor teórico. Son en realidad propuestas parciales no acompañadas de un sistema teórico completo.

Desde la perspectiva del derecho privado, hay que constatar que autores como Corral Talclani (2003b) y Rodríguez Grez (2010) se alejan de los “personalistas” en lo que respecta al régimen de responsabilidad “objetiva”. Sería interesante estudiar el concepto implícito de subsidiariedad y de persona que manejan

4. Diferencias de disciplinas jurídicas, propias del modo de concebir y operar el derecho por parte de iuscivilistas y iuspublicistas⁴.

En el complejo espacio creado por este fondo de cuadro surge la propuesta del profesor Rodríguez como una doctrina que da cuenta cabal de sus presupuestos y conclusiones teóricas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. He ahí su novedad⁵. La otra doctrina es ya conocida, pues viene siendo formulada por el profesor Eduardo Soto Kloss desde hace décadas, contando asimismo con todo un sistema teórico explícito y un arsenal conceptual de difícil parangón en el derecho administrativo chileno⁶.

Las conceptualizaciones de ambas propuestas junto con los argumentos que les sirven de prueba y apoyo se pueden agrupar fácilmente en (i) presupuestos, (ii) principios generales, (iii) principios secundarios, (iv) consecuencias primarias, (v) consecuencias secundarias y (vi) conclusiones. Pero esta forma de ilación lógica resultaría árida y poco dinámica. Por tal motivo, hemos preferido retratar ambas posturas mediante esquemas argumentales debidamente estructurados a fin de que su valor específico y su función dentro del conjunto sean apreciados

ambos juristas. Probablemente una diferencia en este punto con los iuspublicistas en cuanto les lleva a conclusiones a primera vista tan disímiles.

⁴ El iuscivilista y el romanista, anclados en la solución de los casos concretos y dotados de un lenguaje jurídico-conceptual de alto índice de precisión, miran a veces con recelo a los teóricos del derecho público contemporáneo que prescindir de los aportes de las instituciones del derecho privado. Célebre es a este respecto la distinción entre derecho y ciencias de la organización de D'Ors (1973) p. 42. En nuestro medio, Alessandri Rodríguez (1943) pp. 314-315 aplicó sin mayor preocupación y por vía de analogía las reglas de la responsabilidad extracontractual del Código Civil a la responsabilidad del Estado. Empero, el tema no es pacífico entre los civilistas. Fueyo Laneri (1989) p.9 se refirió al peligro de equivocidad de aplicar el término "civil" a la responsabilidad del Estado y en p. 76 defiende, en principio, la doctrina de la responsabilidad objetiva del Estado, aludiendo a que "así lo admiten pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia de todas las naciones".

Actualmente, Pablo Rodríguez Grez ocupa en nuestro país el papel crítico que en España representó Pantaléon Prieto (1994) con su artículo "Los Antojos del Civilista", en un ensayo por demostrar la falta de solidez última de los conceptos de responsabilidad que manejan los iuspublicistas. El artículo fue reproducido en nuestro país por la *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (N° 2, año 1, diciembre del 2000, pp. 79 ss.). Como contrapeso, Soto Kloss (2009) pp. 697-701 advierte que la tradición jurídica clásica se centra en la idea de "restitución" y no en la idea de responsabilidad subjetiva, noción moderna que rompería con la genuina tradición del derecho privado. El debate entre las disciplinas, como se ve, está abierto.

⁵ El autor profundiza en la materia la tesis ya incoada en Rodríguez (1999a).

⁶ El aserto no excluye la referencia a iuspublicistas que acompañan en lo sustancial la postura del profesor Soto Kloss con aportes de relevancia en distintos ámbitos, como Fiamma Olivares (1976) y (1989), Oelckers (1985), (1989) y (1998), Aróstica Maldonado (1999) y (2001), Aguerrea (1995), Soto Larraátegui (2003), Viñuela (2005), Martínez Estay (2006), Huepe (2006), y más recientemente Enteiche (2009) y Herrera Valverde (2009), entre otros. Los lineamientos de Caldera Delgado (2001a) y (2001b) también son importantes en la materia. Lo que sucede es que el profesor Soto Kloss se ha preocupado de fundar la doctrina iuspublicista en toda una filosofía del derecho administrativo, que ha hecho explícita y desarrollado generosamente (1996a), como queda de manifiesto en el libro homenaje a Martínez Estay (2009) pp. 67-98 y 177-594. Por otro lado, intentos de formular una filosofía de distinto signo se encuentran también en otros autores, vr. gr., Ruiz Tagle (2000), pero se trata de esfuerzos todavía parciales e inseguros. El repudio del autor al principio de subsidiariedad es, a nuestro juicio, poco documentado y sin base constitucional. Sus referencias peyorativas al Magisterio Pontificio adolecen además de una animadversión inexcusable que empaña su metodología.

comparativamente con una sola mirada (*synopsis*). El resultado de esta sinopsis es lo que se transcribe a continuación.

<p>Responsabilidad civil extracontractual del Estado (Prof. Pablo Rodríguez Grez)</p> <p>1°. Como principio general, no existe un estatuto constitucional sobre responsabilidad del Estado.</p> <p>o) Argumento de teoría de la justicia:</p> <p>El régimen civil de responsabilidad extracontractual resuelve de manera equilibrada y justa los problemas que se suscitan entre lo debido a los ciudadanos/administrados y lo debido al Estado en su labor de promoción del bien común y del interés general.</p> <p>El derecho público no puede separarse completamente del derecho privado a la hora de configurar un régimen de responsabilidad, cuyas claves conceptuales se encuentran en el derecho civil y sus estándares de justicia</p> <p>i) Argumento de teoría constitucional:</p> <p>Los principios y mandatos de la Constitución –como norma suprema del ordenamiento jurídico– se desarrollan a través de las leyes y son éstas las que sirven de fundamento a las reglas particulares y concretas.</p>	<p>Régimen de responsabilidad del Estado Administrador (Prof. Eduardo Soto Kloss)</p> <p>1°. Como principio general, existe un régimen constitucional sobre responsabilidad del Estado.</p> <p>o) Argumento de teoría de la justicia:</p> <p>Cuando se trata de un órgano del Estado, la responsabilidad se encuentra regida por el derecho público, que es el que regula precisamente la actividad del Estado.</p> <p>Dicha actividad, definida constitucionalmente por la promoción del bien común, no es una actividad de conmutación, sino de distribución, atribución o reparto.</p> <p>De ahí que el régimen de derecho civil no le sea aplicable, en la medida en que regula las relaciones entre privados caracterizadas por la equiordenación. En cambio, la relación del Estado con los ciudadanos/administrados se caracteriza por la supraordenación.</p> <p>i) Argumentos de teoría constitucional:</p> <p>a) La Constitución es directamente obligatoria y aplicable; sus normas operan directamente, sin necesidad ni mediación de otra norma. De lo contrario su aplicabilidad quedaría entregada a la voluntad legislativa,</p>
--	---

En materia de responsabilidad del Estado, los artículos 6º, inc.3º; 7º inc.3º; 38 inc. 2º y 19 N 7 letra i) de la Constitución Política reenvían a la ley. Cualquier otra interpretación que se separe de este principio, se desvía del texto constitucional, que en este punto es claro.

lo que vuelve ilusorio el principio de supremacía constitucional.

Es indiscutible que el artículo 6º (incisos 1º y 2º) de la Constitución ha establecido tanto la vinculación directa de los preceptos constitucionales como su operatividad práctica. Cualquier otra interpretación se desvía del texto constitucional.

b) La responsabilidad del Estado es un principio fundamental del derecho público chileno, consagrado expresamente en la Constitución vigente (artículos 6º inc.3º; 7º inc. 3º, y para la Administración del Estado y sus organismos, artículo 38 inc. 2º).

La Constitución reconoce la responsabilidad del Estado, para cualquiera de sus funciones y órganos, sobre la base de la violación de la Constitución ("infracción" de ella, art. 6º inc. 3º, o "contravención" a ella, art. 7º inc. 3º), y específicamente sobre la base de la "lesión" que sufre la víctima en sus derechos por parte de la actuación u omisión de los órganos de la Administración del Estado (art. 38, inc. 2º).

La Carta contiene de este modo un régimen operativo directo de responsabilidad.

c) Los derechos fundamentales de la persona no están supeditados en su existencia real a la mera voluntad del legislador, pues son anteriores y superiores al Estado y sus órganos.

Síntesis:

No hay estatuto constitucional sobre responsabilidad, porque la Constitución no lo establece explícitamente. Es más, siempre que se refiere a la materia remite a la ley explícita o implícitamente.

ii) Argumento dogmático-constitucional:

No hay estatuto especial de carácter constitucional que regule la responsabilidad extracontractual del Estado, porque no hay base normativo-dogmática para sostenerlo.

a-b) Los artículos 6° y 7° de la Constitución no sirven para fundar un estatuto especial de responsabilidad del Estado: invariablemente al referirse a responsabilidades que se generan por la infracción de sus normas se reenvía la competencia al imperio legal

Síntesis:

La Constitución establece un régimen de responsabilidad, según se desprende inequívocamente de sus principios básicos. Además, sus normas son directamente aplicables y obligatorias, con lo que dicho régimen es operativo con independencia del mandato regulatorio a la ley

ii) Argumentos dogmático-constitucionales:

Uno de los principios fundamentales del derecho público chileno es la responsabilidad del Estado, pieza básica del Estado de Derecho que la Constitución de 1980 previó y estructuró dogmáticamente en sus preceptos.

a) Su fundamento se encuentra en el principio de primacía de la persona, en virtud del cual el Estado debe desarrollar su actividad realizando el bien común "con pleno respeto" a los derechos que la Carta establece (art. 1° inc. 4°).

De ahí que el ejercicio del poder público tenga como límite "el respeto a los derechos esenciales de la persona humana", siendo incluso deber de los órganos estatales "respetar y promover tales derechos" (art. 5° inc. 2°). Para asegurar dicho respeto y promoción, la Constitución prescribe el sometimiento de la actividad estatal a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, estableciendo su obligatoriedad directa (art. 6°).

Es por eso que la actividad del Estado Administrador genera responsabilidad

<p>c) El Inc. 2º del art. 38 de la Constitución tampoco sirve de fundamento: es una norma de competencia, absolutamente ajena al establecimiento de un régimen especial de responsabilidad extracontractual del Estado.</p> <p>d) La Constitución no establece disposiciones específicas de responsabilidad de derecho público:</p> <p>d.i) ---</p>	<p>cuando en su actividad vulnera los derechos de las personas provocando un daño, lesión, menoscabo, detrimento en su "ser" y/o en su "tener" (esfera corpórea/física/psíquica y/o esfera patrimonial).</p> <p>b) Los artículos 6º y 7º, en sus incisos terceros, señalan que la responsabilidad del Estado surge en la medida en que haya una "infracción" a lo dispuesto por el primero, infracción que "generará" dicha responsabilidad, o una "contravención" a lo establecido por el segundo, la cual "originará" la consecuencia aludida.</p> <p>c) El art. 38 inc. 2º de la Constitución establece claramente un estatuto de responsabilidad al distinguir entre la "responsabilidad del Estado" (su Administración orgánicamente comprendida) por el daño que produzca la actividad o inactividad (omisión) de sus órganos y la del "funcionario que hubiere causado el daño", responsabilidad esta personal (subjetiva) del empleado que material o fácticamente lo ha producido por su acto, hecho u omisión. Lo que reitera el art. 4º de la Ley 18.575.</p> <p>d) La Constitución establece disposiciones específicas en las que hace operativo su régimen de responsabilidad:</p> <p>d.i) El art. 19 N° 1 garantiza la integridad física y síquica, que es precisamente el bien que resulta afectado por lo que los civilistas llaman daño moral, y que, con más rigor, en derecho público se denomina "alteración en las condiciones normales de vida", que es el daño que más se indemniza,</p>
---	---

d.ii – d.iii) El art. 19 N° 24 faculta a los poderes colegisladores para imponer, a través de la ley, limitaciones y obligaciones al dominio derivadas de la función social. En todos estos casos, no hay responsabilidad extracontractual del Estado, porque éste obra conforme a derecho. En dicha hipótesis no se incumple una obligación, sino, por el contrario, se satisface un mandato normativo. No cabe imputar responsabilidad, porque no se incurre en antijuridicidad ni en factor de imputación. Tampoco puede pensarse en una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo, ya que no hay norma que imponga la obligación de indemnizar. En estos casos, el deber de indemnizar no nace de la responsabilidad del Estado (lo cual supone el incumplimiento de una obligación), sino del derecho a ser compensado por la imposición de una carga especial, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 19° y 20°.

Es entonces la ley la llamada a establecer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social del dominio. Si la Administración responde ante quien sufre daño, ello es consecuencia de un acto antijurídico contrario a derecho, que corresponde al incumplimiento de una obligación preexistente. Tratándose de una limitación impuesta en la ley al dominio, ni el afectado pierde sus derechos,

sobre todo en los casos de muerte (Servicios de Salud, Carabineros, Policía, o conscripción militar) o de invalidez (Servicios de Salud, Municipalidades, etc.), productos de los desastres de los servicios de la Administración

d.ii) El art. 19 N° 24 hace operativa la responsabilidad del Estado establecida en la Constitución. La privación de la propiedad sólo puede provenir de una expropiación mediando la correspondiente indemnización; cualquier otra causa es ilícita y genera responsabilidad del Estado.

d.iii) El art. 19 N° 20 asegura la igual repartición de las cargas públicas. Un daño producido a una víctima que jurídicamente no está obligado a soportarlo implica para ella una carga desigual, y al serlo configura una infracción del precepto aludido, que origina ipso iure la responsabilidad del Estado.

ni es objeto de un acto antijurídico, puesto que la limitación al dominio corresponde a un actuar legítimo de la autoridad.

En este plano, hay que insistir en que la reparación de un perjuicio cuyo antecedente es un acto legítimo de la autoridad –a lo que inclusive está obligada en derecho– no puede ser considerada consecuencia de una eventual responsabilidad extracontractual. No cabe encuadrar en el campo de la responsabilidad una obligación de compensación de cargas especiales que nace de un mandato constitucional expreso (art. 19 N° 20).

Por otro lado, la expropiación no es más que una causa legítima de transferencia forzosa al Estado del dominio de un bien, en razón de utilidad pública o interés general calificada por el legislador, previo pago de la correspondiente indemnización.

d.vi)---

e) El artículo 19 N° 7, letra i) de la Constitución sirve de abono para

d.iv) El art. 19 N° 2 asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. Un daño o lesión en lo suyo producido por un órgano del Estado –en su función administrativa en este caso– en una víctima que no está jurídicamente obligada a soportarlo, constituye una alteración de la igualdad ante la ley, ya que significa una alteración o ruptura en la situación de igualdad de esa víctima frente a los demás que no han sufrido dicho daño o lesión. Alteración o desequilibrio que se recompone mediante la correspondiente indemnización de los perjuicios sufridos.

e) El art. 19 N° 7, letra i, al establecer un caso de responsabilidad del Estado

rechazar un estatuto especial de responsabilidad del Estado. La frase "Injustificadamente erróneo y arbitrario" corresponde a la negligencia, imprudencia o impericia con que un magistrado judicial ejerce sus funciones. Si el constituyente estimó conveniente reglamentar la responsabilidad derivada del ejercicio de la jurisdicción dándole un alcance subjetivo y aludiendo a la culpa del autor del daño, no resulta razonable sostener que la regla general es diferente y más estricta o está sujeta a un estatuto jurídico especial que no se señala, sino que se deduce vía doctrinal.

iii) Argumento de teoría general del derecho:

Un estatuto sobre la responsabilidad extracontractual del Estado no puede tener su origen en una deducción interpretativa. Si el Constituyente hubiere pretendido generar un sistema de responsabilidad constitucional respecto del Estado, lo habría manifestado claramente o hubiere arbitrado las medidas para alcanzarlo sin reiterar su remisión al imperio legal.

juez, no hace más que explayar el régimen constitucional en la materia

iii) Argumento de teoría general del derecho:

a) No se puede hablar de responsabilidad "extracontractual" del Estado en los términos que dichas normas del Código Civil (título XXXV del Libro IV) lo utilizan. Sus conceptos claves (malicia, delito, cuasidelito, etc.) son incompatibles con la naturaleza y estructura del Estado, que es una persona jurídica, conformadas en su Administración por personas jurídicas.

b) El sistema constitucional chileno reconoce y consagra expresamente la responsabilidad del Estado por los daños que sus órganos produzcan, originen o causen en su actividad, y específicamente la que deriva de su actividad administrativa, como una manera de establecer real y efectivamente la sujeción de ellos a la Constitución, el respeto a los derechos de las personas, la servicialidad del Estado en su misión de bien común y la primacía de la persona humana.

iv) Argumento lógico de *reductio ad absurdum*:

La circunstancia de que la Constitución no contenga un estatuto sobre la responsabilidad extracontractual del Estado no autoriza al intérprete a construirlo recurriendo a un recurso interpretativo, tanto más que ello es un claro índice de que en la materia la Carta Política se remite a la regulación legal.

Las consecuencias, en concreto, de un estatuto constitucional son absurdas, pues supone consagrar:

a) La responsabilidad objetiva, con lo que se excluye el factor de imputación como elemento basal de responsabilidad.

b) La causalidad material, que incurre en la confusión de identificar lo material con lo eficiente, lo físico con lo jurídico.

c)---

iv) Argumento lógico de coherencia interna entre los principios y normas constitucionales:

La responsabilidad del Estado, constitucionalmente prevista y consagrada de modo genérico para todos sus órganos (arts. 6° y 7°), y de modo específico también para sus órganos administrativos (art. 38), condensa las siguientes notas:

a) Es responsabilidad de una persona jurídica, por lo que no se le aplica la estructura subjetiva con la que se ha organizado la responsabilidad civil. La normativa civilista resulta incompatible con la esencia de la responsabilidad del Estado.

b) Al ser una responsabilidad de imposible estructuración técnica sobre la base de la culpa o el dolo, deviene en una responsabilidad objetiva fundada en la causalidad material: atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no está jurídicamente obligada a soportar) y la actividad de un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones, nace para éste la obligación de indemnizar.

c) Se trata de una responsabilidad directa, esto es, nace, se origina o se produce por un hecho, omisión o acto antijurídico de una persona jurídica y no por la actividad de un tercero como sería la de sus empleados o dependientes. Es decir, el Estado asume

<p>d) La imprescriptibilidad, lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica y de justicia.</p> <p>e) La responsabilidad por actos lícitos, que conduce a la insensatez de afirmar que la Administración genera responsabilidad cuando cumple plenamente con sus obligaciones jurídicas.</p> <p>Conclusión: Con la doctrina precedente, el Estado respondería sin límites por los daños que causa su actividad, en circunstancias que tiene la obligación de prestar los servicios que están expresamente establecidos en la norma jurídica o que se desprenden claramente de su mandato.</p> <p>2°. No existe un estatuto legal especial sobre responsabilidad extracontractual del Estado</p> <p>Argumento dogmático-jurídico:</p> <p>i) Ley 18.575, art. 2°: la responsabilidad del Estado se hace valer por las "acciones y los recursos correspondientes": no hay mandato para dar a la responsabilidad del Estado un tratamiento especial diferente del que emana del derecho común.</p>	<p>plenamente su responsabilidad por la lesión antijurídica de los derechos de las personas.</p> <p>d) Se justifica más adelante.</p> <p>e) Se justifica más adelante</p> <p>Conclusión: Con la doctrina precedente, la Administración del Estado asume plenamente su responsabilidad por la lesión de los derechos de la persona humana.</p> <p>2°. Existe un estatuto legal especial sobre responsabilidad del Estado coherente con su régimen constitucional</p> <p>Argumento dogmático-jurídico:</p> <p>i) La Ley 18.575 es un cuerpo normativo de típica regulación "doméstica": especialmente de "organización" (título II), con un título I de "normas generales" y un título III sobre "prohibición administrativa".</p> <p>Carece de sentido afirmar que ella ha tenido por objeto concretar el reenvío que la Constitución le habría hecho a la ley para regular la responsabilidad</p>
--	--

ii) Ley 18.575, art. 4°: consagra el principio de que el Estado responde por los daños que "causen" sus órganos, esto es, los daños que sean provocados por hecho o culpa de dichos órganos, lo cual excluye un régimen especial de responsabilidad objetiva.

iii) Ley 18.575, art. 42: reconoce un tipo de responsabilidad derivada de una causa precisa: la falta de servicio. En ella está presente una referencia al deber de servicialidad del Estado, describiéndose para tales efectos una obligación específica, cuya violación genera responsabilidad. El factor de atribución de la responsabilidad es aquí precisamente la falta de servicio.

iv) Ley 18.695, art. 142: enuncia un principio general al declarar que la municipalidad responde por los daños que cause, lo cual implica extender a estos entes públicos un deber que pesa sobre cualquier persona en la

del Estado, como si no existiera al respecto un régimen constitucional.

ii) Ley 18.575, art. 4°: retoma la idea del art. 38 inc. 2° de la Constitución al establecer la responsabilidad del Estado en la medida en que el "daño" haya sido "causado" "en el ejercicio de sus funciones". De donde se deduce que la responsabilidad del Estado Administrador requiere (a) la existencia del daño, (b) la debida relación causal entre el autor (del acto, hecho u omisión) y el daño, y (c) una víctima no obligada jurídicamente a soportar tal daño (como lo sería, vr. gr., en el supuesto de ser una carga pública, en la medida en que esta fuera igualitaria de acuerdo al art. 19 N° 20 de la Constitución).

iii) Ley 18.575, art. 42: el artículo está ubicado al final del título II, párrafo 1° "De la organización y funcionamiento del Estado". La noción de falta de servicio no podría fundar por tanto un régimen general de responsabilidad del Estado, pues contradeciría lo estipulado por el art. 4° (que está en el título I "normas generales"), que no exige dicha noción. En todo y cualquier caso, la noción de falta de servicio debe entenderse en concordancia con lo dispuesto por la Constitución y el propio art. 4° de la Ley 18.575, que no restringen la responsabilidad del Estado a un solo tipo de daño.

iv) Ley 18.695, art. 142: cuando este precepto habla de falta de servicio, lo hace a título de especialidad no de exclusividad, según se desprende claramente de la redacción y del espíritu del texto. Es una reiteración de lo

vida social, haciendo hincapié en que dicha responsabilidad se extiende a la falta de servicio. El art. 142 no es más que reiteración del art. 42 de la Ley 18.575.

3°. A la responsabilidad del Estado se le aplica el estatuto común de la responsabilidad civil.

Múltiples argumentos fundan esta tesis:

a) Al no establecerse un estatuto especial para encarar la responsabilidad del Estado, tanto el constituyente como el legislador dejaron entregada esta materia a la regulación del derecho común.

b) No es suficiente argumentar que lo público y lo privado no pueden confundirse: la unidad y coherencia del sistema jurídico hacen posible proyectar las instituciones del derecho privado como elemento supletorio de la legislación que regula los actos de la Administración.

c) Las normas del Código Civil tienen un carácter general y supletorio que permiten aplicarlas en todos aquellos

dispuesto por la Constitución y el art. 4° de la Ley 18.575 en el sentido de que el Estado es responsable por todos los daños que causen sus órganos en el ejercicio de sus funciones.

v) Ley 18.575, art. 42: reconoce un tipo de responsabilidad derivada de una causa precisa: la falta de servicio. En ella está presente una referencia al deber de servicialidad del Estado, describiéndose para tales efectos una obligación específica, cuya violación genera responsabilidad. El factor de atribución de la responsabilidad es aquí precisamente la falta de servicio.

3°. A la responsabilidad del Estado no se le puede aplicar el estatuto común de la responsabilidad civil.

Múltiples argumentos fundan esta tesis:

La responsabilidad del Estado es de carácter constitucional; luego, es una responsabilidad de derecho público y no civil:

a) En virtud de su origen: se trata de una responsabilidad fundada directamente en los principios y preceptos de la Carta chilena.

b) En razón de su naturaleza: estamos ante una responsabilidad específicamente distinta de la responsabilidad civil. En ella no se atiende al castigo del culpable, sino que al ejercicio de la función estatal, la que debe respetar en su plenitud los derechos de las personas, y por tanto resarcir,

casos en que existe laguna legal o remisión expresa de la ley.

d) Si el constituyente estimó que el Estado estaba afecto a responsabilidad, la falta de un estatuto especial no puede impedir que ella se haga efectiva, debiendo, sin perjuicio de aplicarse la normativa supletoria ya referida, llenarse una supuesta laguna legal recurriéndose a la analogía (la cual nos remite a la reglamentación general a la que están afectos los particulares).

e) La responsabilidad del Estado deriva de un hecho ilícito que supone la intervención culpable del agente que causa daño, lo que está reglamentado en el Código Civil.

f) Donde existe la misma razón, existe la misma disposición. La responsabilidad del Estado sigue el diseño de la responsabilidad civil.

g) Las normas del Código Civil permiten proteger a las personas en general, remediando los daños causados por la falta de diligencia y cuidado de los agentes públicos.

h) Al aludirse constantemente al derecho del Estado de repetir contra el funcionario que provocó el daño, ha quedado testimonio elocuente de que tras la responsabilidad del Estado subyace siempre un ilícito civil.

i) Los actos a través de los cuales el Estado desarrolla su actividad se ejecutan por agentes que intervienen con el mismo celo y diligencia que pesa sobre los particulares, por lo que, en

compensar o restituir al tercero que ha sido víctima de un daño antijurídico (no obligado a soportarlo), producto de su actividad.

La responsabilidad civil, en cambio, se origina en una relación entre sujetos privados, sea contractual o extracontractual, y está regida por el ordenamiento civil (básicamente el Código Civil). Es una responsabilidad en que se mira o se atiende al dolo o culpa del sujeto que ha provocado el daño a un tercero/víctima.

c) Por causa de su objeto: la responsabilidad constitucional no busca castigar al culpable, sino resarcir a una víctima de lo que fue privada (daño) injustamente, esto es, de modo antijurídico, por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, sin que estuviera ella obligada a soportarlo.

d) Los artículos 2314 y 2332 del Código Civil no pueden aplicarse a la responsabilidad del Estado. Sus conceptos y su mismo lenguaje resultan de imposible proyección: hablar de malicia del Estado, o de delito doloso o cuasidelito culposo cometido por él es un despropósito.

principio, se aplican en la materia los estándares generales de diligencia y cuidado.

4°. Hay seis singularidades que le dan una cierta fisonomía propia a la responsabilidad extracontractual del Estado, aunque no alteran en absoluto los parámetros básicos de la responsabilidad consagrada en el estatuto de derecho común.

El autor habla de cinco singularidades, pero en la lógica de su sistema bien pueden señalarse seis:

i) Responsabilidad directa del Estado (que excluye la responsabilidad vicaria)

Argumento: Mientras en el Código Civil se configura una responsabilidad extracontractual indirecta (mal llamada por hecho de terceros) que surge de la falta de vigilancia y cuidado de un dependiente, pupilo o subordinado (artículos 2320, 2321 y 2322 del Código Civil); en la responsabilidad del Estado por hechos de sus dependientes, la responsabilidad es directa y se considera como si el daño hubiere sido causado por el Estado sin que interese la intermediación de un subordinado (empleado público). La responsabilidad, por consiguiente, no se funda en la falta del deber de custodia, sino en la operación de servicio.

4°. Las singularidades del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado confirman que estamos ante un estatuto especial de derecho público, esencialmente distinto al estatuto de derecho común.

i) Responsabilidad directa y objetiva del Estado

Argumento: a) La responsabilidad del Estado es directa porque tiene su origen en la actividad de una persona jurídica de derecho público y a ella se le atribuye sin mediaciones.

b) La responsabilidad del Estado es objetiva: está fundada en la lesión sufrida por la víctima –como lo establece expresamente el art. 38 inc. 2° de la

<p>Prevenición: Lo anterior no implica admitir la responsabilidad objetiva. Si bien puede no interesar la conducta del funcionario que causó el daño, para que ella surja es necesario que exista culpa del Estado, cuestión que tiene reglas especiales.</p> <p>Tampoco hay que desconocer que en casos especiales puede invocarse la responsabilidad objetiva, pero para que tal ocurra es necesario que exista un texto legal expreso.</p> <p>ii) Responsabilidad por "falta de servicio" (Presunción especial de culpa en relación exclusivamente a la falta de servicio).</p> <p>Definición: Hay falta de servicio cuando un órgano público, obrando contra derecho, no ha funcionado debiendo</p>	<p>Constitución- y no en la "culpa" del servicio.</p> <p>El carácter objetivo de la responsabilidad emana de la propia naturaleza de los órganos de la Administración del Estado, los cuales son personas jurídicas estatales, carentes de subjetividad, y, en consecuencia, no pasibles de imputarles ni dolo ni culpa.</p> <p>Lo anterior se comprueba revisando la legislación y la jurisprudencia de los cuatro sectores donde aparece de modo más manifiesto la responsabilidad objetiva del Estado-Administración: el sector de las municipalidades, el de los Servicios de Salud, el de la aplicación ilegal del DL N° 77 de 1973, y el sector de los órganos de policía (civil y uniformada/Carabineros)</p> <p>Prevenición: No es antinómica la idea de "responsabilidad objetiva" con la de "falta de servicio", entendida ésta como "omisión" del actuar debido, falta/omisión que es enteramente ajena a problemas de carácter subjetivo, como es la imputación de culpa.</p> <p>ii) La ley no ha podido configurar la regulación de la responsabilidad del Estado-Administrador sobre la sola idea de la "falta de servicio".</p> <p>Definición: La Falta de servicio es la omisión de actuar (falta como ausencia) en la forma, momento y medios</p>
--	---

hacerlo, ha funcionado defectuosamente o lo ha hecho con retardo, causando daño al administrado.

Consecuencias primarias:

a) La falta de servicio constituye una base conceptual esencial de la responsabilidad extracontractual del Estado.

debidos de acuerdo a lo exigido por la ley, lo que causa daño al administrado.

Se trata de una omisión del actuar debido, porque la ley así lo impone, sea porque no se actuó debiendo jurídicamente hacerlo, sea porque no se actuó eficientemente como la ley lo exige, sea porque no se actuó en el momento oportuno, como la ley lo establece. La falta de servicio no incluye, en consecuencia, el abuso o exceso en el ejercicio de las potestades.

Consecuencias primarias:

a) La falta de servicio es un concepto funcional a la "organización interna" de la Administración, que obviamente no puede contravenir el principio general en materia de responsabilidad del Estado.

En este sentido, la falta de servicio es una categoría que no puede servir de base para fundar el régimen chileno de responsabilidad estatal:

a.i) Se incurriría en inconstitucionalidad porque la Constitución no restringe de ningún modo la responsabilidad del Estado. Por tanto, sea que se interprete la falta de servicio a la francesa (como culpa de servicio) o de modo correcto (como omisión de servicio), es un concepto que no sirve para fundar el régimen general de responsabilidad de la Administración en Chile.

a.ii) Se incurriría en una eventual contradicción normativa: el artículo 4° de la Ley 18.575 –que es de aplicación general a la Administración– no res-

<p>b) La falta de servicio, tal como puede entenderse de acuerdo a las categorías precisas de la responsabilidad civil, es una noción normativa que implica culpa o dolo de la Administración –persona jurídica–, lo cual se aprecia en relación a la conducta de los dependientes y funcionarios.</p> <p>c) Es necesario acreditar que contrariando el ordenamiento jurídico ha existido una indebida paralización del servicio público, o su funcionamiento ha sido irregular, o tardío o extemporáneo en relación a la necesidad a satisfacer. De lo anterior habrá de seguirse un perjuicio causalmente ligado a cualquiera de estas irregularidades en el desempeño y funcionamiento del servicio público.</p> <p>d) La conceptualización de falta de servicio adolece en la doctrina iuspublicista de una insuficiencia esencial: se omite la consideración expresa de su antijuridicidad (contradicción del acto</p>	<p>tringe la responsabilidad del Estado a la falta de servicio. El art. 141 de la Ley 18.695 respecto de las Municipalidades tampoco lo hace. Por lo que hay que situar el concepto en su ámbito de aplicación propio, que de acuerdo al título II (art. 42) de la Ley 18.575 incide sólo en los órganos fiscales, entre los que hay que excluir asimismo a la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, los Gobiernos Regionales, etc., y a las empresas del Estado (art. 21).</p> <p>b) La falta de servicio, tal como está estructurada por el art. 44/42 de la Ley 18.575 (al relacionar sus dos incisos), plantea una relación intra-administrativa, a fin de perseguir al funcionario negligente o indolente, que actúa desaprensivamente, o hasta con malicia (hay allí una culpa personal), y repetir en su contra por la indemnización que ha debido pagar el organismo administrativo a una víctima.</p> <p>c) El problema se resuelve con lo dicho previamente.</p> <p>d) El punto se trata in extenso más adelante.</p>
---	--

con el sistema jurídico como un todo o con una norma expresa del mismo).

Al considerar la antijuridicidad se llega a la conclusión necesaria de que la ausencia de servicio está referida siempre al incumplimiento de un deber que la administración estaba jurídicamente obligada a cumplir de una manera íntegra y oportuna, de acuerdo con su estatuto jurídico.

Consecuencias derivadas:

De la precedente conceptualización de la falta de servicio se deriva lo siguiente:

a) La falta de servicio no es manifestación de una responsabilidad objetiva, sino un caso típico de responsabilidad subjetiva.

Tras la falta de servicio subyace una falta personal, vale decir, la conducta de un dependiente que ha obrado dolosa o culposamente por acción u omisión, inmovilizando o desviando el funcionamiento de la Administración.

b) Lo que singulariza la responsabilidad extracontractual del Estado es el hecho de que en este ámbito se desplaza la falta personal (conducta del funcionario) a la falta de servicio (conducta de la Administración), imputándose a esta última las consecuencias dañosas y el deber de repararlas. La culpa no es "personal", sino "institucional", pero sigue siendo una manifestación clásica de la culpa, en cuanto falta la diligencia y cuidado debidos en

Consecuencias derivadas:

De la precedente conceptualización de la falta de servicio se deriva lo siguiente:

a) Plantear la "falta de servicio" entendida como "culpa de servicio" y, más aún, como si fuera el régimen general de responsabilidad del Estado, genera consecuencias perversas: la víctima será quien tenga que probar el "mal funcionamiento" del servicio, sabiendo que el espíritu de cuerpo, lealtades, protecciones y silencios ominosos, hacen muy frecuentemente difícil, cuando no imposible, tales extremos.

b) Con lo dicho, se resuelve la cuestión, con una solución acorde con la lógica del derecho público.

objetiva fundada en el riesgo, sino que caen dentro del art. 19 N° 20 de la Constitución.

f) Solo hay responsabilidad objetiva por mandato expreso de la ley –v. gr., el art. 169, inc. 5°, Ley 18.290, de tránsito– donde lo que interesa es el hecho, con prescindencia de quién o por culpa de quién aconteció.

Conclusión general:

La falta de servicio es una nueva noción de culpa aplicable solo a la Administración. Ella se producirá siempre en virtud de una falta personal, en el entendido que la Administración está obligada a prestar aquellos servicios que le impone la Constitución Política, la ley o el reglamento.

La omisión del servicio o su defectuosa o tardía prestación comprometen su responsabilidad al presumirse culpa, pero sin perjuicio de acreditarse lo contrario.

Lo que caracteriza la falta de servicio es la antijuridicidad de dicha conducta, porque estando la Administración obligada a desplegar una conducta determinada (obligación), la resigna o ejecuta de manera incorrecta o defectuosa.

iii) Responsabilidad de doble fuente (por falta de servicio y por hecho personal imputable al Estado)

La primera ya ha sido analizada. La segunda puede ser anónima o radicada. Ambas son perfectamente compatibles y pueden demandarse solidariamen-

f) El punto ya está resuelto.

Conclusión general:

Hay que descartar la falta de servicio a la francesa (doctrina ya superada en el país galo), esto es, la falta como culpa de la Administración. La responsabilidad del Estado Administrador es objetiva.

El régimen de responsabilidad del Estado no queda restringido a la falta de servicio, en su genuino sentido de omisión en la prestación del servicio que produce un daño.

iii) Se subsume la persona del funcionario dentro de la persona jurídica del Estado para efectos de su responsabilidad objetiva.

te según las reglas generales de la responsabilidad civil (art. 2317 del Código Civil).

La falta personal arrastra automáticamente la falta de servicio del órgano de la Administración, que es, como se ha visto, una de las grandes singularidades de este tipo de responsabilidad.

La falta personalísima, en principio, no induce a la falta de servicio porque la causa del daño se halla desvinculada de la actividad de la Administración.

La falta personalísima implica una desvinculación material (separación total, v. gr., ámbito de la vida privada) o psicológica (acto se ha ejecutado por móviles personales, ajenos a la función que se desempeña, pero vinculado o en razón de la pertenencia a la Administración) del empleado público en el ejercicio de sus funciones.

Excepcionalmente puede existir responsabilidad del Estado derivada de la culpa *in eligendo*, responsabilidad que tiene como fundamento la negligencia en la elección de quien tiene que realizar una prestación y el vínculo, aunque remoto, entre el daño y la pertenencia de quien lo causa a la Administración.

Cuando la desvinculación es material el Estado sólo responde cuando el daño causado no haya podido provocarse sin los medios suministrados por la Administración. Cuando es psicológica, si el daño no ha podido producirse si se excluye el hecho de pertenecer el dañador a la Administración, parece justo que ésta asuma el riesgo de la

conducta de sus dependientes en términos similares a los arts. 2320 y 2322 del Código Civil.

Una vez más, se prueba que esta figura nada tiene que ver con la responsabilidad objetiva.

iv) Exigencia de una relación causal normativa, tanto si se invoca la falta de servicio como la falta personal del funcionario público.

El derecho debe tener su propio método para saber cuándo un sujeto es responsable. Aquí entran a jugar los factores de imputación (dolo, culpa o riesgo) para la atribución de responsabilidad. Si el resultado dañoso no es consecuencia del hecho reprochado a su autor, no puede imponerse a éste la obligación de reparar los perjuicios.

La exigencia de una mera causalidad material es un débil sustrato conceptual, lo que se prueba por varias razones de orden teórico y teórico práctico:

a) Para la conceptualización de la causalidad en el ámbito jurídico es necesario unir a la causalidad material o física los ingredientes de la causalidad jurídica, dado que en lo físico ordinariamente hay varias concausas y se requiere de un criterio adicional para determinar la atribución razonable de una consecuencia perjudicial a una conducta indebida.

b) No es lo mismo causalidad material que causalidad eficiente.

iv) El régimen de responsabilidad objetiva exige, en concreto, la causalidad material.

Si la responsabilidad del Estado gira sobre la base de la lesión sufrida por la víctima, o sea por el daño padecido por ella, basta la causalidad material para darla por acreditada. Es decir, la misma lesión producida a la víctima (daño producido por acto, hecho u omisión) hace surgir la responsabilidad del ente estatal y, en consecuencia, la obligación de indemnizarla.

a-e) La solución es mucho más simple cuando se parte de la causalidad material. Se sigue el mandato de la Constitución de garantizar los derechos de la persona lesionadas por la conducta antijurídica de la Administración.

c) Con la mera causalidad material se hace responsable a la Administración por hechos que escapan absolutamente a su previsión y control.

d) Al exigirse una relación causal solo material y no jurídica se está negando la posibilidad de que opere una interrupción del nexo causal.

e) Tratándose de una responsabilidad subjetiva presunta carece de toda consistencia atribuir a esta responsabilidad una relación de causa material o física y no jurídica o normativa.

La causa jurídicamente idónea para imputar responsabilidad sobre un resultado nocivo es aquella razonablemente previsible de acuerdo al acontecimiento, nivel cultural y desarrollo imperante en cada momento histórico de la sociedad. La causalidad física no es más que el punto de partida.

Conclusión general: La responsabilidad extracontractual del Estado en sus dos posibles orígenes, requiere para su existencia de una relación causal normativa, la cual se establecerá aplicando alguna de las teorías que se han formulado en esta materia.

v) Derecho de reembolso de la Administración.

Está consignado en los artículos 42, inc. 2º de la Ley 18.575, 142 de la Ley 18.695 y 38 inc. 2º de la Constitución Política.

v) Derecho de reembolso de la Administración.

El derecho a reembolso hace parte de las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. No dice relación directa con la responsabilidad del Estado frente a las personas, según se desprende del

En este aspecto, las presunciones de culpa de la Administración (falta de servicio) son un medio para facilitar a los particulares el ejercicio de su derecho a ser resarcidos de los perjuicios que sufren cuando estos últimos provienen de un órgano del Estado.

vi) El ámbito de aplicación de la responsabilidad del Estado es más limitado que el establecido en el derecho común, pues en principio solo se considera el daño en cuanto lesión a los derechos subjetivos.

a) No basta que el Estado produzca, ocasione o provoque cualquier tipo de daño –entendido como detrimento de la esfera jurídica de un sujeto– para generar responsabilidad. La diferencia perjudicial para la víctima entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo, no es suficiente para dimensionar la lesión en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

El artículo 38 inc. 2º de la Constitución Política hace alusión a la “persona lesionada en sus derechos”, lo cual supone la afectación de un derecho subjetivo. Significa esto que la noción de daño es más restrictiva aquí que la que se aplica en la responsabilidad común, donde el elemento constitutivo del ilícito civil consiste en la lesión, menoscabo, pérdida, perturbación o molestia de un interés, así éste se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico.

art. 38 de la Constitución y del art. 42 de la Ley 18.575.

vi) Puesto que la configuración de la responsabilidad del Estado viene exigida por la justicia distributiva (de la distribución o reparto y no de la conmutación), debe repararse todo el daño producido injustamente a la víctima.

a) La indemnización, que siempre será en dinero, debe comprender no solo el daño patrimonialmente producido por el Estado, sino también el daño extrapatrimonial que ha originado, llámese daño moral, precio del dolor, detrimento en la afectividad, menoscabo de la honra y dignidad, o simplemente alteración en las condiciones normales de la vida.

La razón de la integridad radica en el carácter antijurídico del daño/hecho, acto u omisión cometido por el Estado en el ejercicio de sus funciones. En vez de promover y proteger los derechos de las personas en su actividad de bien común –cual es el rol del Estado– los ha vulnerado y dañado.

La responsabilidad del Estado persigue –al modo de la nulidad de los actos jurídicos– restituir a la víctima del daño, en lo posible, al mismo estado en que se encontraba al momento anterior a la comisión del daño. Cuando dada la naturaleza del daño (muerte, mutilación, etc.), la responsabilidad del

Lo anterior se estima justo porque el Estado al aplicar las políticas públicas lesiona muchos intereses ante la necesidad de seleccionar aquellos que deben ser amparados y convertidos en derechos subjetivos.

b) La invocación del artículo 19 N° 24 para justificar la indemnización de perjuicios por el daño integral es equívoca. Tratándose de una limitación impuesta en la ley al dominio, en razón de la función social consagrada en la Constitución, ni el afectado pierde sus derechos, ni es objeto de un acto antijurídico, puesto que la limitación al dominio corresponde a un actuar legítimo de la autoridad. El título de la indemnización no es aquí la responsabilidad del Estado, sino la compensación patrimonial.

5°. La actividad jurídica del Estado no es fuente de responsabilidad de la Administración.

Argumento: Los actos administrativos están definidos en la Ley 19.880 y gozan de la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad. En consecuencia, el daño que se sigue de la nulidad del acto administrativo sólo puede ser reclamado cuando hay disposición legal que lo autorice, y siempre que se trate de un perjuicio esencialmente reclamable por medio de los recursos administrativos y judiciales que correspondan.

Lo anterior se confirma con el art. 19 N° 7 letra i): si la Constitución Política

Estado no puede revestir los caracteres puramente restitutorios, debe hacerlo con los caracteres reparatorios o compensatorios, como sucede normalmente con el llamado daño que altera las condiciones normales de la vida.

b) El art. 19 N° 24 hace operativa la responsabilidad del Estado establecida en la Constitución. La privación de la propiedad sólo puede provenir de una expropiación mediando la correspondiente indemnización; cualquier otra causa es ilícita y genera responsabilidad del Estado (sin perjuicio de las requisiciones y de la pena penal de la confiscación en el caso del art. 19 N° 7 letra g).

5°. La actividad jurídica del Estado es fuente de responsabilidad de la Administración.

Argumento: La responsabilidad del Estado por cualquiera de sus órganos (legislativos, judiciales, contralores, administrativos) es una responsabilidad "constitucional", no civil, y según sea el origen del daño producido por sus órganos, especialmente administrativos, tendrá su fuente en una actividad jurídica, sea unilateral, sea contractual, en una actividad material (hechos) o en una inactividad (omisiones), existiendo el deber jurídico de actuar.

El daño producido u ocasionado por la Administración (lesión en los dere-

necesitó decir que en el evento de que se ejerciera en forma "injustificadamente errónea o arbitraria" una potestad pública (jurisdicción) era procedente una reparación de perjuicios causados, es porque no puede invocarse responsabilidad civil alguna de ninguna otra potestad pública, salvo que el sistema normativo lo autorice.

Lo anterior limita la responsabilidad extracontractual del Estado en el evento que se declare –ya por la misma Administración o por los tribunales de justicia– la nulidad del acto administrativo.

La referida irresponsabilidad del Estado por actos administrativos dejados sin efecto, no excluye de manera alguna la dación o restitución de los beneficios patrimoniales que derivan del acto invalidado.

Pero este efecto, no tiene carácter indemnizatorio, sino meramente restitutorio (en pro o contra de la Administración). No se trata de una indemnización de perjuicios en cuanto cumplimiento por equivalencia de una obligación incumplida, sino de un efecto restitutorio (pasivo y activo) que, si bien deriva de la invalidación del acto administrativo, no implica reparar los perjuicios provenientes de la nulidad del mismo, sino de los efectos patrimoniales generados a su amparo mientras estuvo vigente en virtud de la presunción de legalidad de que estaba dotado.

Los efectos patrimoniales derivados de la nulidad de un acto administrativo no constituyen indemnización atribuible

chos) debe ser siempre antijurídico para generar responsabilidad. En esta perspectiva, un acto aparente o pretendidamente lícito no es tal si genera una lesión en los derechos de una persona, en circunstancias de que dicha lesión constituye una privación de lo suyo que la víctima no está jurídicamente obligada a soportar. Será, pues, ilícito desde que es antijurídico.

a responsabilidad extracontractual del Estado, sino que son prestaciones restitutorias.

Conclusión: No puede reclamarse responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la invalidación o nulidad de un acto administrativo, puesto que ello corresponde al ejercicio de una potestad pública y no existe norma constitucional o legal que lo autorice (salvo hipótesis contemplada en la Constitución Política). Lo anterior no impide las prestaciones restitutorias.

Si la Administración obra legítimamente, conforme a derecho, no incurre en responsabilidad, aun cuando cause daño. Pero es posible reclamar una compensación del Estado por el daño que provoca una actividad lícita del mismo, cuando se quebranta la igualdad que debe existir entre todos los habitantes de la república respecto de las cargas públicas. Pero no se trata de una indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual, que supone el incumplimiento de la obligación preexistente de no causar daño a nadie.

Conclusión: El Estado es responsable por todos sus actos, hechos u omisiones, que lesionen los derechos de las personas, no estando obligadas jurídicamente a soportarlos.

6°. A la responsabilidad del Estado se le aplica el principio general, cual es, la prescriptibilidad de todo derecho y de toda acción judicial, siendo la imprescriptibilidad la excepción.

Argumentos:

a) No existe norma constitucional o legal que declare imprescriptible o prescriptible la acción de perjuicios contra el Estado. Pero como la responsabilidad extracontractual del Estado, si bien tiene especificidades propias que la caracterizan, obedece a los mismos principios y a la misma normativa que la responsabilidad extracontractual regulada por el derecho común, se aplica el principio general en esta materia.

b) El artículo 2497 de la prescripción en general sostiene que las reglas se aplican a favor y en contra del Estado, etc.

c) Si el art. 63 de la ex Ley de Municipalidades (derogado), art. 8° del DL 3.557 sobre protección agrícola y la LOC 18.415 han debido declarar la imprescriptibilidad de ciertas acciones y derechos, es porque la prescriptibilidad es la regla general. Y si es así, en el evento de la imprescriptibilidad la norma debe interpretarse restrictivamente, no pudiendo extenderse su aplicación a situaciones que no se encuentren especial y formalmente contempladas en norma especial.

6° La acción constitucional de responsabilidad del Estado es imprescriptible.

Argumentos:

a) En la Constitución existen, además de la acción de responsabilidad del Estado (y especialmente del Estado Administración) y de nulidad de derecho público, dos otras acciones típicamente constitucionales y de derecho público que son la acción de amparo hábeas corpus y la de "inaplicabilidad" de preceptos legales contrarios a la Constitución. En ninguna de ellas existe plazo para que se ejerciten ante los tribunales.

b) El Código de Bello no puede aplicarse supletoriamente en la materia, pues el art. 547 (título II del Libro I) dispone que las disposiciones de ese título no son aplicables a las entidades personificadas de derecho público, las que se rigen por sus propias leyes y ordenamientos.

c) El art. 2497 no calza con la acción constitucional de responsabilidad del Estado, pues ésta no es ni "ejecutiva" ni "ordinaria".

d) La prescripción es una norma de clausura, es decir, destinada a estabilizar y consolidar situaciones de hecho, transformándolas en situaciones de derecho. También en la responsabilidad del Estado, la prescripción resulta ser indispensable y jugar un papel necesario en la seguridad jurídica que implica establecer relaciones de derecho formales y estables, capaces de proyectarse en el tiempo sin incertidumbres paralizantes.

e) Tras la prescripción subyace una presunta voluntad abdicativa, pues quien deja pasar el tiempo admitiendo como legítima una situación de hecho, sin reclamar ante quien corresponde el reconocimiento de su derecho, en medida nada desdeñable manifiesta su intención de abdicar del derecho afectado.

Conclusión: En materia de prescripción se aplica el art. 2332 (se cuenta desde la perpetración del acto; cuatro años).

d) El art. 2517 tampoco es aplicable, pues el Estado no podría adquirir ningún derecho –¿el derecho a seguir lesionando?– por la extinción por prescripción de la acción de responsabilidad.

e) ---.

Conclusión: Las disposiciones del Código Civil en materia de prescripción son enteramente inaplicables al Estado en lo concerniente a su responsabilidad por los daños que comete en el ejercicio de sus funciones, respecto de una víctima que no está jurídicamente obligada a soportarlos.

De la sinopsis examinada se desprende la existencia no sólo de diferencias patentes, sino también de disonancias latentes entre los dos sistemas, así como algunas concordancias derivadas en aspectos no menores.

La primera disonancia que hay que constatar tiene su origen en el intento de aplicar el derecho civil al Estado. ¿Es legítima la pretensión? Desde la perspectiva privatista lo es y ya sabemos por qué. El problema es que con ello se produce un desenfoque: aplicar el derecho civil al Estado, por más que se tomen los resguardos adecuados, es invitar a jugar con reglas extranjeras. Dicho en otros términos, si enfrentamos los principios del sistema de responsabilidad diseñado por el profesor Soto Kloss con la propuesta del profesor Rodríguez el choque se hace inevitable en razón de la intervención de una disciplina (derecho civil) en otra (derecho constitucional y administrativo). Resta saber si dicha intervención está justificada. El profesor Rodríguez afirma una vez más que sí y da razón de sus dichos con fuertes argumentos. Pero su lógica –en ocasiones aplastante– sigue siendo la lógica del derecho civil, y más tarde o más temprano aparece en toda su desnudez el nudo gordiano de la cuestión, cual es, que el derecho público tiene una especificidad propia, por lo que se conduce con otra lógica, con otras reglas de justicia, diversas en su esencia a las que corresponden al sistema de derecho privado, como lo reconoce sabiamente el propio profesor Rodríguez y con él la generalidad de los tratadistas de derecho civil .

En este plano, y a modo de *captatio benevolentiae*, aclarar ciertos malos entendidos puede coadyuvar a acercar las posiciones. El profesor Soto Kloss, y con él los iuspublicistas que le siguen, no pretenden negar la importancia que tiene el derecho civil como base de muchos de nuestros conceptos jurídicos. No afirman que los conceptos del derecho civil son inútiles en las ciencias del derecho público, sino que sostienen algo diverso, a saber, que el estatuto del derecho civil no puede aplicarse al derecho público, pues en materia de responsabilidad, como en otras materias, éste conserva su propia naturaleza, atributos y finalidades. Por otro lado, el profesor Rodríguez, y los iusprivatistas que le siguen, no afirman que las reglas del derecho civil se apliquen al derecho público sin reconocer sus sustanciosas particularidades, sino que defienden la necesidad de precisar los conceptos de responsabilidad que se utilizan en las ciencias del derecho público.

El problema surge cuando se constata que detrás de diferencias de disciplinas palpitan, sin más, diferencias de reglas de justicia. Lo privado no es lo común, lo civil no es lo constitucional-administrativo, lo justo conmutativo no calza con los criterios de la justicia distributiva o proporcional.

A diferencia de otros autores, “estatistas” o “privatistas” puros, el profesor Rodríguez conoce a fondo este problema e intenta resolverlo precisamente en el artículo que aparece en la presente edición de *Actualidad Jurídica*. A nuestro

juicio, ello explica por sí mismo la profundidad y precisión con la que desarrolla su doctrina de la responsabilidad del Estado. Lo hace siempre intentando evitar lo que el profesor Soto Kloss llamaría cotas de irresponsabilidad estatal, consciente del postulado de Alberdi de que la omnipotencia del Estado es el fin de las libertades.

En este sentido, hay concordancias derivadas dignas de notas entre ambos juristas:

i) El concepto de responsabilidad del Estado es más restringido en la doctrina del profesor Rodríguez que en la doctrina del profesor Soto Kloss. Las divergencias, sin embargo, se atenúan en las consecuencias de orden práctico, alcanzando el/la administrado/persona esferas de protección análogas, aunque no iguales, frente a la actividad del Estado.

Sabemos que en su estructura la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado del profesor Rodríguez es una aplicación por vía de analogía de la doctrina de la responsabilidad extracontractual sentada por el Código Civil, de donde se desprenden inmediatamente dos consecuencias fundamentales:

- a) Presupuesta la existencia del daño, los elementos subjetivos (dolo-culpa/falta de servicio) de la responsabilidad determinan su atribución, por lo que se prescinde de la responsabilidad objetiva y de la causalidad meramente material.
- b) Queda excluida la responsabilidad del Estado por actos lícitos.

A primera vista, la doctrina del profesor Soto Kloss es bastante más garantista. Con la causalidad material como resorte de la responsabilidad objetiva del Estado Administrador y la posibilidad de aplicarla a los actos lícitos en las condiciones ya reseñadas, se zanján las dificultades casi diabólicas para el administrado de rendir probanzas inconducentes y se resalta la primacía de los derechos fundamentales frente a la conducta del Estado. Los actos de la Administración –como los hechos y las omisiones– no sólo deben ser lícitos, sino constitucionales, lo que en concreto significa que les está prohibido causar u ocasionar lesiones en los derechos de la persona.

En esta materia hay que precisar que los conceptos de antijuridicidad que manejan ambos sistemas son distintos. En la doctrina del profesor Soto Kloss el sustento de la responsabilidad no es el Código Civil, sino los artículos 6° y 7° de la Constitución, por lo que aquella siempre supone una antijuridicidad o infracción a la Carta. En este contexto, como ha precisado Iván Aróstica en más de una ocasión, un acto administrativo puede ser “lícito” en cuanto a sus fines u objetivos (el para qué: propender al bien común), pero ilícito en

cuanto a su objeto o contenido (el qué decide: causa un daño que la víctima no estaba obligada a soportar), con lo que se vulnera el artículo 1° inciso 4° de la Constitución, dado que el bien común debe buscarse “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. De esta manera, en la lógica del derecho público no es difícil comprender por qué la responsabilidad constitucional del Estado es objetiva y de qué modo sus órganos responden por los actos lícitos.

El precio, sin embargo, es muy alto para el profesor Rodríguez. La causalidad material no es un concepto jurídico y la responsabilidad objetiva deja al Estado en la eventualidad de no dar un paso en la promoción del interés general sin tener que responder patrimonialmente de su actuar con recursos a la sazón limitados. Conceptualmente no es una buena solución. Además, le parece que la licitud de los actos del Estado es suficiente para asegurar su constitucionalidad, dado que la propia Constitución ha entregado a la ley el mandato de establecer el régimen de responsabilidad del Estado, de donde se deriva la aplicación del estatuto común de responsabilidad establecido por el Código Civil.

¿Quedan los particulares sin garantías suficientes con la doctrina del profesor Rodríguez? La respuesta, a su juicio, es negativa. Sostiene –ya lo hemos leído– que una cosa es la responsabilidad y otra la obligación que la Constitución le impone al Estado de indemnizar la lesión a los derechos fundamentales en los términos del art. 19 N° 24 o 19 N° 20. Lo que le parece imperativo aclarar es que los conceptos de responsabilidad y de indemnización no son siempre correlativos. Y que el ordenamiento jurídico no sufre de rupturas en su interior, pues a lo lícito lo acompaña siempre la presunción de constitucionalidad. En su parecer, lo que está confundido en la solución iuspublicista por equívoca asunción de los conceptos de responsabilidad y antijuridicidad queda meridianamente deslindado en la solución iusprivatista. Pero sin dejar en la intemperie jurídica al administrado.

En este plano, y concordando con el profesor Soto Kloss en materia de responsabilidad directa del Estado administrador, el profesor Rodríguez prefiere el diseño de la presunción de culpa al de la responsabilidad objetiva. En ambos casos se impide la denominada “prueba diabólica” que, de lo contrario, afectaría al administrado. Pero en la primera, al tratarse de una presunción simplemente legal, se admiten causales de justificación que son absolutamente razonables. El ejemplo de la ambulancia lo formula precisamente para desafiar la razonabilidad de la solución iuspublicista que critica. Razonabilidad que el profesor Soto Kloss defiende que está de su lado, porque le parece que la posición civilista otorga al Estado artificios conceptuales que operan como vía de escape para impedir su condena en materia de responsabilidad, dejando a los lesionados sin reparación en los casos límites.

ii) La noción de “falta de servicio” es más restringida en la doctrina del profesor Soto Kloss que en la del profesor Rodríguez y la función que se le asigna en cada sistema es diversa: en el primero es una noción especial, pero no única ni general; en el segundo, es el concepto clave en el que se subsume el elemento subjetivo de la responsabilidad estatal.

En sus puntos de partida, ambos critican primariamente la noción de “falta de servicio” y coinciden en un importante estándar: que la Administración responde por los perjuicios que se cometen con ocasión de su actividad, dados determinados supuestos.

Precisemos. Tanto el profesor Rodríguez como el profesor Soto Kloss coinciden en que la idea de “falta de servicio” genera peligrosas equivocidades que reconocen su origen en una deficitaria traducción del original francés (*faute du service*). Pero a partir de ahí, las diferencias emergen con toda su fuerza.

El profesor Rodríguez engloba con el término una tipificación completa de la conducta de la Administración (no ha funcionado debiendo hacerlo/ha funcionado defectuosamente/lo ha hecho con retardo). Y lo hace para asignarle –diríase extrínsecamente, desde las categorías del derecho civil– la función de categoría general de la responsabilidad del Estado, la que no obstante su singularidad (en razón de su objeto material y porque opera como presunción de culpa) sigue manteniendo su estructura esencial de acuerdo al estatuto del derecho común (causar daño al administrado obrando contra derecho con una conducta en la que se pueden discernir, cuando es necesario, sus elementos subjetivos).

En este punto, la divergencia teórica con el profesor Soto Kloss es total. Para este último jurista, la falta de servicio sólo podría constituir una categoría general de responsabilidad en el derecho público incurriendo en inconstitucionalidad, puesto que la Carta Fundamental habla de lesión en los derechos y no de falta de servicio. Esta última es una noción especial que debe ser entendida como omisión en los deberes de actuar, de particular destaque por la relevancia que la omisión tiene en los perjuicios que producen los órganos del Estado.

Empero, ambas posturas, con estar tan alejadas en virtud de sus presupuestos, se aproximan a la hora de fijar los estándares que determinan la responsabilidad del Estado por la conducta de sus funcionarios.

Tratándose de la doctrina del profesor Soto Kloss la respuesta es comprehensiva: el Estado responde por la conducta que sus funcionarios realizan con ocasión de sus funciones o con los medios que en virtud de ellas se les ha puesto a su disposición. Es una lógica consecuencia de la responsabilidad objetiva y directa del Estado Administrador, en donde la causalidad material –tan discutida por el profesor Rodríguez– cobra aquí el valor de un criterio esencial.

El profesor Rodríguez llega a una solución parecida, pero con un esfuerzo teórico bastante mayor, pues al subjetivizar la responsabilidad del Estado en el concepto de falta de servicio y al defender lo que llama un concepto normativo de causalidad, debe hacerse cargo necesariamente de la existencia/inexistencia de una relación jurídica de derecho público entre la falta personalísima del funcionario y los daños que eventualmente puede cometer en razón o con los medios estatales. Su respuesta es notable, pues sale airoso de una alternativa fatal que lo atenaza como resultado de las premisas civilistas: si la falta personal arrastra automáticamente la falta de servicio del órgano de la Administración, la falta personalísima, en cambio, no puede inducir a la falta de servicio, porque la causa del daño se halla desvinculada causal y subjetivamente de la actividad de la Administración.

El profesor Rodríguez hace notar que si bien es verdad que la falta personalísima del “empleado público” implica una conducta desvinculada material o psicológicamente del ejercicio de las funciones públicas, excepcionalmente el Estado responde por su culpa *in eligendo* según el modo y en los casos que ya hemos referido en la sinopsis.

De esta forma, las dos doctrinas que parecían irreconciliables llegan a una solución práctica concurrente, aunque con premisas y herramientas conceptuales diferentes. Probablemente palpita en ambas la misma sensibilidad inteligible hacia los abusos del poder estatal.

iii) En dos tópicos las doctrinas son irreconciliables en sus precedentes doctrinarios y sus consecuencias prácticas: la prescriptibilidad/imprescriptibilidad de la acción de responsabilidad del Estado y la naturaleza y extensión del daño que debe ser indemnizado a título de dicha responsabilidad.

Para el profesor Rodríguez la acción de responsabilidad extracontractual del Estado prescribe de acuerdo a las reglas establecidas por el Código Civil. Para el profesor Soto Kloss no es dable aplicar el Código Civil en la materia, pues la acción de responsabilidad patrimonial del Estado está dotada de un estatuto constitucional que la vuelve imprescriptible. En el primero, prima una consideración de teoría del derecho y de derecho civil: la función esencial que juega la institución de la prescripción en la certeza y seguridad jurídica y en el sistema de adquisición de derechos. La segunda postura, en cambio, da relevancia a una consideración propia de la teoría de los derechos fundamentales y de lógica del derecho público: la primacía de la persona y sus derechos fundamentales sobre cualquier reivindicación de un espacio, aunque sea mínimo, de irresponsabilidad del Estado.

En cuanto al daño, el profesor Soto Kloss reivindica el carácter no sólo restitutorio, sino también reparatorio y compensatorio de la acción constitucional

de responsabilidad del Estado. El profesor Rodríguez, en cambio, limita la responsabilidad extracontractual del Estado a la lesión de los derechos subjetivos y no de los intereses jurídicos. Hay que reconocer que, desde la perspectiva iuspublicista, con ello se deja un flanco abierto para la irresponsabilidad del Estado en la medida en que se reduce la aplicación del principio de la *restitutio in integrum* como parámetro general de la indemnización por los daños causados por éste.

Muchas conclusiones habría que sacar más allá de lo que hemos apuntado. Las diferencias en los criterios de interpretación son notables. Diferencias incluso en la nominación de la responsabilidad. Desde la óptica privatista, la responsabilidad del Estado no es más que un caso (ciertamente con sus singularidades) de responsabilidad extracontractual. En cambio, desde la perspectiva iuspublicista, la responsabilidad del Estado está en las antípodas de la responsabilidad civil: no es extracontractual, sino constitucional, pues la Carta no distingue entre lo contractual y extracontractual. Los órganos del Estado responden con la misma medida y con el mismo régimen, a menos que la ley expresamente diga que pueden ser aplicables, y de modo supletorio, las normas del Código Civil, y sólo en la medida que sean compatibles con la contratación administrativa (v.gr. contrato de concesión de obra pública).

Como se puede apreciar, ambas doctrinas sobre la responsabilidad parecen tan cerradas –lo que es un mérito, no un defecto– que el análisis se volvería infinito, y de cierto modo residual. Los sistemas explicativos se justifican en el campo del derecho con sus propios argumentos y con el sentido original y final de su orientación. Por lo que habiendo reseñado los puntos centrales de divergencia y convergencia entre ambos sistemas, podemos dar por cerrado nuestro examen descriptivo en este punto. No sin recordar que el “quid” de la cuestión –¿puede trasladarse el derecho civil al Estado?– permanece como cuestionamiento basal.

Bibliografía

AGUERREA, Pedro (1995): “La idea de autoridad / Estado / servicio en el pensamiento de León XIII”, *Revista de Derecho Público*, N° 57-58: pp.37-50.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2000): “Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Año 1, N° 2, en:
<http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/6af4ac004fbf7614ba00bb46ce4e7365/4.pdf?MOD=AJPERES>.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1943): *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Imprenta Urrutia).

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1999): "La Constitución en riesgo (sobre la "inconstitucionalidad indirecta" de los actos de la Administración)", *Ius Publicum*, N° 3, pp.57-72.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico* (Santiago, Ediciones de la Universidad Santo Tomás).

AYLWIN AZOCAR, Patricio (1952): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CALDERA DELGADO, Hugo (2001a): *Tratado de Derecho Administrativo* (Santiago, Ediciones Parlamento, Vol. I).

CALDERA DELGADO, Hugo (2001b): *Tratado de Derecho Administrativo* (Santiago, Ediciones Parlamento, Vol. II).

CORDERO VEGA, Luis (2003): *La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización* (Santiago, LexisNexis).

CORDERO VEGA, Luis (2004): "Bases de Comprensión para la Jurisprudencia Judicial de Responsabilidad Extracontractual de la Administración", en *Revista de Derecho Público* N° 66: pp.371-390.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2003a): *Lecciones de Responsabilidad Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2003b): "La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿régimen constitucional o régimen civil?", en BARAONA, JORGE (edit.), *La responsabilidad de las entidades corporativas* (Santiago, Cuadernos de Extensión Jurídica 7, Universidad de los Andes): pp. 21-45.

DÓRS, Alvaro (1973): "Ordenancistas y Judicialistas" en Id., *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas): pp.35-43.

DUCCI CLARO, Carlos (1995): *Derecho Civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, cuarta edición actualizada)

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2009): *Un análisis económico del fundamento de la responsabilidad del Estado Administrador*, Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 119 pp.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2004): "El sistema chileno", en MARÍN Juan Carlos (Coord.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado* (México, Porrúa), pp.109 y ss.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1976), "Los principios generales que conforman el actual ordenamiento jurídico chileno", *Revista de Derecho Público*, N° 18: pp.197-230.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1989): "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 2: pp. 429-440.

FUEYO LANERI, Fernando (1989): "La responsabilidad objetiva del Estado por los hechos y actos de sus agentes, frente al caso de las uvas chilenas de exportación", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXVI, N° 3: pp.63-76.

HERRERA VALVERDE, Javier Francisco (2009): "La naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado-Administrador en el derecho chileno", en MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ARANCIBIA MATTAR, Jaime (coords.) (2009): *La Primacía de la Persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, Editorial Legal Publishing): pp.903-934.

HUEPE ARTIGAS, Fabián (2006): *Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa* (Santiago, LexisNexis) 430 pp.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2006): "La Responsabilidad del Estado en la Constitución" en AA.VV., *La Responsabilidad del Estado-Administración* (Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás de Aquino): pp. 39-58.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, y ARANCIBIA MATTAR, Jaime (coords.) (2009): *La Primacía de la Persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, Editorial Legal Publishing), 1178 pp.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1985): "Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado", *Revista de Derecho Público* N° 37-38, enero/diciembre: pp.365-375.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1989): "La Responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en las Leyes orgánicas constitucionales de la Administración de Estado y de las municipalidades", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 16 N° 2: pp. 441- 454.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1998): "La Responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998: pp.345-352.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1994): "Los Anteojos del Civilista: hacia una revisión del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas" en *Revista Documentación Administrativa*, N° 237-238: pp. 239-254.

PIERRY ARRAU, Pedro (2009): *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Santiago, Monografías Jurídicas Universitarias, Editorial Metropolitana), con reproducción de artículos ya publicados, especialmente pp. 31-71: "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio"; pp.73-84: "¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia", y pp. 83-103: "Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Sistema actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema".

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *El derecho como creación colectiva* (Santiago, Ediciones Jurídicas de la Universidad del Desarrollo):

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2001): *Estructura funcional del derecho* (Santiago, Ediciones Jurídicas de la Universidad del Desarrollo).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010): "Sobre la Responsabilidad Extracontractual del Estado", artículo inédito que sale a luz con la presente edición de la revista *Actualidad Jurídica*.

ROMÁN CORDERO, Cristián (2005): "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado", en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, Ed. LexisNexis, Pontificia Universidad Católica de Chile): pp.509-537.

ROMÁN CORDERO, Cristián (2009): "Responsabilidad patrimonial de la Administración en Chile: 150 años de doctrina", en Rolando Pantoja Bauzá (Coor.), *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): pp. 429-455.

RUIZ TAGLE V., Pablo (2000): "Principios constitucionales del Estado Empresario", *Revista de Derecho Público* N° 62: pp. 48-65.

SILVA CIMMA, Enrique (1962): *Derecho Administrativo chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. I).

SILVA CIMMA, Enrique (1969): *Derecho Administrativo chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. II).

SOTO KLOSS, Eduardo (1996a): *Derecho Administrativo. Bases fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. I).

SOTO KLOSS, EDUARDO (1996b): *Derecho Administrativo. Bases fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Vol. II).

SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Legal publishing), con transcripción de artículos ya publicados, especialmente el capítulo V, pp.697-788.

SOTO LARREÁTEGUI, Josefina (2003): "La responsabilidad del Estado-Municipalidad" en *Actualidad Jurídica* N° 7: pp. 183-200.

VIÑUELA HOJAS, Mauricio (2005): "La Responsabilidad del Estado Chileno por hechos de la administración: avances y retrocesos", 15 pp., en: http://www.abcia.cl/publicaciones/PDF/articulos/responsabilidad_del_estado.pdf

El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999–2010)

Nicolás Enteiche Rosales

Profesor Investigador, Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente artículo describe las principales teorías relativas al fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile. Posteriormente, analiza críticamente el sentido de la jurisprudencia judicial basada en el concepto “Falta de Servicio”, entre los años 1999 a 2010; para esto se elaboran parámetros, mediante los cuales se exponen, agrupan y contraponen los principales argumentos de los tribunales superiores de justicia.

Introducción

Uno de los aspectos más relevantes, en cuanto a la responsabilidad en que eventualmente incurre el Estado Administrador al dañar a un particular, es el motivo de ésta.

En Chile no existe consenso doctrinario ni jurisprudencial respecto al fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador –en adelante “REEA”–, pues existen dos grandes tendencias que sostienen argumentos distintos y bases diversas para exponer sus ideas. La primera señala que la REEA es objetiva, en otras palabras, para responsabilizar al Estado Administrador por los daños causados por éste sólo se requiere un daño antijurídico. La segunda cree que además de lo anterior es necesario que se acredite la existencia de una Falta de Servicio¹.

Las principales diferencias entre estas teorías, en cuanto al fundamento de la REEA, las encontramos respecto de las normas jurídicas en que se sustentan, el sujeto pro-

¹ A fin de distinguir el nombre de la teoría Falta de Servicio, de la expresión legal *falta de servicio*, esta última será escrita utilizando cursivas y sin mayúsculas.

tagonista en que principia el análisis y la existencia del título de imputabilidad. En el punto **1**, a fin de comprender el problema, revisaremos someramente la realidad normativa respecto a la REEA, pretendemos reconocer, en general, las normas que se podrían estimar aplicables.

En el punto **2**, por otra parte, analizaremos (**2.1**) la responsabilidad objetiva en Chile y (**2.2**) la “teoría” subjetiva de la Falta de Servicio (**2.2.1**) tanto en la doctrina francesa (**2.2.2**) como en la chilena y (**2.2.3**) desarrollaremos una matriz que contendrá de los argumentos entregados por los tribunales superiores de justicia, a fin de ilustrar la realidad jurisprudencial en Chile (1999–2010).

Finalmente, en el punto **3**, expondremos nuestras conclusiones.

1. Marco normativo aplicable

La aplicación al fundamento de la REEA de la Constitución Política de la República –en adelante, “CPR”– o bien de un sinfín de normas legales², aparecen como alternativas a la hora de revelar el motivo por el cual el Estado Administrador habrá de responder frente a la persona lesionada.

No obstante lo anterior, destacamos dos normas que determinan el contenido de las demás, pues, si bien existe múltiple normativa –en virtud de la abundante y dispar legislación administrativa– la totalidad del debate gira en torno a la preceptiva que señalaremos.

En primer lugar, y jerárquicamente de manera más relevante, aparece el artículo 38 inciso segundo de la CPR, que señala:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

En segundo lugar, el artículo 42 de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –en adelante, “LOCBGAE”–³, menciona:

² Entre otras: artículo 22 N° 2 y 35 del DFL N° 164, Concesiones de Obras Públicas; artículo 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; Título XV, artículo 174 inciso cuarto de la Ley N° 18.290, del Tránsito; artículo 14 Ley N° 19.799, de documentos y firma electrónica; artículo 21 del Código de Minería; Título III de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente; artículo 38 de la Ley N° 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud, en cuanto al alcance de este artículo a la luz del la historia fidedigna de su establecimiento, Enteiche (2008) pp. 293–314.

³ Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19653, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575.

“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

Estos dos artículos, de distinta jerarquía y contenido, conforman el medio en el que se desarrolla el debate doctrinario en Chile, que detallamos a continuación.

2. Posiciones doctrinarias respecto al fundamento de la REEA

Es necesario dejar constancia que la doctrina administrativista chilena está con teste en cuanto a algunos requisitos de procedencia en la REEA, estos son:

- La existencia de una actividad –actos, hechos u omisiones– realizada por un órgano del Estado⁴;
- La existencia de una causa o relación causal entre esta actividad y el resultado dañoso⁵;
- La existencia de una lesión o menoscabo en los derechos de la víctima.

Los autores no discuten la aplicación del artículo 38 inciso segundo de la CPR como tampoco del 42 de la LOCBGAE.

La confrontación doctrinaria y jurisprudencial se revela al cuestionar el rol que cabe a cada uno de estos artículos, esto es, el matiz que se le otorga en su análisis. De esta forma, la preeminencia de la CPR como fuente jurídica sustantiva y vinculante, o bien la especificidad y deferencia al legislador son algunos de los factores que aparecen para legitimar el carácter de responsabilidad de carácter objetivo o subjetivo.

Teniendo en consideración lo anterior, expondremos las teorías de la REEA, agrupándolas **(2.1)** en aquella de carácter objetivo y **(2.2)** la teoría de la Falta de Servicio, con el objeto de ordenarlas pedagógicamente.

⁴ En la actualidad chilena no existe discusión en cuanto a que la REEA es de carácter directo.

⁵ Más allá de la discusión relativa a la suficiencia, o no, de la causalidad material para hacer responsable al Estado Administrador, la necesidad de la existencia de un vínculo causal es reconocida como requisito imprescindible de la REEA.

2.1 La REEA es de carácter objetivo: la teoría Objetiva Constitucional

Esta visión corresponde a la calificación que Eduardo Soto Kloss realiza respecto al Derecho Administrativo chileno. Por ésta, sostiene que existe una primacía originaria de la persona humana por sobre cualquier otra consideración, incluso sobre el Estado, lo cual trasunta como criterio interpretativo al análisis de toda cuestión jurídica, al adscribir un carácter objetivo se reconoce a la REEA, y a su fundamento, una de las principales garantías de los ciudadanos frente a la Administración.

Para esta corriente, la función del artículo 38 inciso segundo es sustancial, éste tiene eficacia vinculante para con el ordenamiento jurídico en general. La REEA se configura atendiendo, exclusivamente, a la existencia de una actividad del victimario, que haya ocasionado un daño antijurídico en la esfera patrimonial de la víctima⁶. Los tribunales ordinarios de justicia han de basar sus decisiones en una normativa constitucional estricta, emanada, en la materia, del artículo 38 inciso segundo de la CPR.

En cuanto al origen histórico, el carácter objetivo de la REEA proviene, según señala Soto Kloss, de la noción del Derecho Romano de lo justo⁷, siendo ésta utilizada en el Derecho Indiano⁸, fuente del ordenamiento jurídico chileno actual.

Esta teoría señala que la idea del fundamento de la responsabilidad no tiene que ver con la búsqueda de un reproche motivacional o psicológico del victimario, ya que la necesidad de restitución se produce automáticamente al causarse un daño antijurídico –o no debido para con la víctima–⁹. En otras palabras, la culpa del victimario no es un requisito para que el juez determine la procedencia de la indemnización.

Con este antecedente, Soto Kloss expone los datos originarios que existen en esta particular relación jurídica intersubjetiva y propone el motivo que da origen a la REEA.

⁶ Así lo sostiene el autor, entre otros, en: últimamente Soto Kloss (2009b) pp. 97, 100 y 103; Soto Kloss (2008) pp. 414–415; exponiendo su tesis Soto Kloss (1996) pp. 263–280, las bases, pp. 292–307, y características, pp. 307–311, que identifican al ordenamiento jurídico chileno como aquel en que existe un estatuto Objetivo Constitucional.

⁷ “(...) lo debido en una relación de igualdad [de equivalencia, o de proporción] en los cambios o conmutaciones o repartos que realizan los hombres entre sí (...)”. Soto Kloss (1996) véase pp. 248–252.

⁸ Lo anterior es reseñado por Jaime Arancibia, quien al analizar once litigios conocidos por la Real Audiencia de Santiago, concluye entre otras cosas, que la responsabilidad era objetiva. Arancibia (2006) pp. 21–38; Soto Kloss (2004) pp. 305–306.

Por otro lado, la recopilación de obras encontradas en las bibliotecas de ministros de la Real Audiencia –siglos XVII–XVIII–, demuestra la total recepción y aplicación del *ius commune*, humanismo jurídico, ius racionalismo, etc., en la praxis jurídica indiana. Barrientos (1992).

⁹ En este mismo sentido, cabe aludir el concepto de antijuridicidad de Agustín Gordillo, quien señala: “La antijuridicidad se mide entonces no en quien realiza la actividad (...) sino que es antijurídico que un usuario, consumidor o administrado deba sufrir perjuicios a consecuencia de la relación de servicio, consumo o administración” Gordillo (2006) Cap. XX, p. 18.

Para el autor, la expresión *falta de servicio* del artículo 42 de la LOCBGAE, es parte integrante del carácter que reviste la actividad dañina, sin incidir directamente en el fundamento de la REEA. El hecho que no haya servicio (por su ausencia, omisión)¹⁰ es para esta teoría un lógico complemento de la expresión “*lesión en sus derechos*” del artículo 38 inciso segundo de la CPR –donde la causa material de ésta es la acción o *falta de servicio/omisión*–, con lo que se evitan las dobles lecturas respecto a la procedencia de un fundamento distinto a la mera causalidad material y antijuridicidad de la conducta dañosa.

Por otra parte, la expresión *falta personal* sólo es oponible a la relación entre el Estado y el funcionario que efectúa materialmente la lesión, en cuanto delimita el rol que le cabría al segundo en la posible repetición en su patrimonio¹¹. Si bien esta teoría no se pronuncia respecto al carácter de conducta reprochable al funcionario, entendemos que ésta sería la existencia de la culpa, pura y simple, como estatuto jurídico aplicable¹².

Por lo anterior, la fórmula, ante un daño causado por el victimario, es directa y no requiere subdistinciones, resulta inútil investigar el fuero interno del funcionario que perpetra materialmente la lesión. La *falta personal y de servicio* adoptan un rol complementario en la determinación del fundamento de la responsabilidad.

Entre aquellos que sostienen la existencia de este estatuto jurídico no observamos variaciones significativas en cuanto al fundamento de la REEA, es así como los profesores Hugo Caldera¹³, Osvaldo Oelkers¹⁴ y Gustavo Fiamma¹⁵ apoyan la existencia de una teoría Objetivo Constitucional¹⁶.

¹⁰ *Falta de servicio* es la omisión o no existencia de la actividad debida servicio –debida a la indemnidad de la persona–, en este sentido: Soto Kloss (2008) pp. 402–409 y Soto Kloss (2006) p. 73.

¹¹ Respecto al inciso segundo del artículo 42, Soto Kloss señala: “Su inciso 2° regula una relación intraorgánica, es decir, aquella que se produce entre el organismo de la Administración del Estado (...) y el funcionario que hubiere cometido el daño, cuando el Estado, con motivo de esa actuación u omisión dañosa ha sido condenado al pago de una determinada indemnización a la víctima, caso en el cual podrá repetir contra de él, pero siempre que éste [hubiere cometido una falta personal]” Soto Kloss (2008) p. 402.

¹² Fisco de Chile con Valencia Barahona Corte Suprema (2000) rol N° 2994–1999, considerandos segundo y cuarto.

¹³ Caldera (1982) pp. 44–46, el mismo autor concluye de igual forma que Soto Kloss, pero en virtud de la “Teoría del Órgano” pp. 206–208.

¹⁴ Al reconocer la existencia de la responsabilidad Objetiva Constitucional, Oelkers señala que el artículo 42 de la LOCBGAE es un complemento específico y parcial de la responsabilidad Objetiva Constitucional, en virtud a su ubicación y contenido, la *falta de servicio* y *falta personal* son términos de disímil significado que la mera causalidad y antijuridicidad de la conducta lesiva. Este alternativo fundamento se aplicaría, a los organismos de la administración pública comprendidos en el Título II de la ley ya referida, por último, afirma que los estatutos jurídicos propios de algunos organismos podrían consagrar principios especiales. Oelkers (1998) pp. 347 y ss.

¹⁵ Al argumentar la existencia del fundamento de la acción constitucionalidad de responsabilidad en el artículo 38 inciso segundo de la CPR, Fiamma tacha de incompatible el hecho que el artículo 42 de la LOCBGAE consagre un estatuto incompatible con el de la responsabilidad Objetiva Constitucional. Fiamma (1989) pp. 434–437; de igual forma Arteaga (2007) pp. 26 y ss.

¹⁶ En este milenio, propugnan la teoría Objetiva Constitucional además de los autores ya mencionados:

2.2 La REEA es de carácter subjetivo: la teoría de la Falta de Servicio ¹⁷

Cabe adelantar que estimamos equivocada la teoría de la Falta de Servicio como fundamento de la REEA. Son múltiples sus significados y estos se encuentran determinados, por una parte, por las distintas acepciones aplicadas tanto en su lugar de origen, como en aquellos donde es importada y, por otra parte, por la diversidad intrínseca de resultados a los que se llega luego de estudiar el concepto etimológico de falta.

Es por esto que es necesario **(2.2.1)** detallar, con precisión, su composición en Francia **(2.2.2)** su recepción doctrinaria en Chile **(2.2.3)** por último abordaremos su real aplicación por los tribunales superiores de justicia nacionales.

2.2.1 La Falta de Servicio en Francia

En Francia existe un régimen de justicia administrativa especializada, el fundamento de la REEA se expresa por medio de un sistema puramente jurisprudencial y extremadamente evolutivo¹⁸⁻¹⁹, emanado de los fallos del Consejo de Estado francés que fijan directrices generales para su futura aplicación.

El fallo “Blanco”, del Tribunal de Conflictos francés, es aquel que declara el divorcio de la REEA con el Derecho Civil y, consecuentemente, de los principios insertos en éste, referidos a la relación entre particulares que no reconocen el estatus de víctima del poder público. La necesidad de contar con elementos propios de Derecho Público para conciliar al Estado con la persona determina a éste como los demás fallos franceses en materia administrativa²⁰.

José Miguel Lecaros, LECAROS (2009) punto N° 4; Emilio González, González (2007) p. 67; Ignacio Arteaga, Arteaga (2007) p. 26; Fabián Huepe, Huepe (2006) pp. 164–165 y 203–226; José Ignacio Martínez, Martínez (2006) pp. 47–49 y (2002) pp. 185–195; Josefina Soto, Soto Larreátegui (2003) p. 185.

¹⁷ En cuanto al origen de la teoría de la Falta de Servicio en Francia, véase Pierry (2000) pp. 13–16; Caldera (1982) pp. 397–435; Valdivia (2005) pp. 7–16 y Barros (2006) p. 506.

¹⁸ “Ella ha sido extraída por sucesivos retoques sin una aparente cohesión; de aquí proviene su carácter rico en matices, flexible y en ciertos aspectos inacabado, en atención a que en esta materia la jurisprudencia está en constante evolución, situación que es más acentuada que en otros tópicos” Raymond Odent citado por Caldera (1982) p. 387. Véase también Weil (1989) pp. 165–167 y Pierry (2000) p. 12.

¹⁹ Véase el análisis de la evolución jurisprudencial de la REEA francesa de Hugo Caldera. Caldera (1982) pp. 387–436. Véase además García de Enterría y Fernández (2006) pp. 368–371; Cassagne (2002) pp. 481–484; Vedel (1980) pp. 290–315; Weil (1989) pp. 167–172.

²⁰ “Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los perjuicios causados a los particulares por el hecho de las personas que él emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del Servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”. El fallo Blanco fue emitido por el Tribunal de Conflictos francés el 8 de febrero de 1873, citado en Caldera (1982) pp. 394–396. Véase además Pierry (2000) p. 15.

El fundamento de la REEA adopta dos caras: una subjetiva y otra objetiva, ambas, como señalamos, construcciones jurisprudenciales. Analicemos brevemente la composición de ambas vertientes.

La primera, de carácter subjetivo, es elaborada sobre el concepto de falta y se refiere al incumplimiento de uno o varios supuestos de funcionamiento de un servicio público al momento de causar el daño a la víctima²¹.

Es necesario destacar que la imputación no se efectúa sobre el o los agentes determinados que ocasionan materialmente el daño; se reprochará la falta, en cambio, al servicio público entendido como "actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos"²².

Ahora bien, lo que determina la existencia de la REEA, en este primer cariz, es la acreditación de los diversos supuestos que condicionan a la falta. Efectuado lo anterior nos encontramos frente a la falta, que adoptará la denominación falta de servicio o aquel supuesto en que se responsabilizará patrimonialmente a la Administración frente a la víctima.

En otras palabras, en este primer fundamento, habrá falta siempre que haya incumplimiento, pero no siempre ello constituirá falta de servicio.

La falta de servicio, como supuesto operativo de la REEA, es una noción que no puede ser parametrizada, ya que "el Consejo de Estado no aprecia la falta en relación con un criterio preestablecido, como sería el caso de la conducta de un buen padre de familia; él examina en cada caso si ha habido o no falta, considerando todas las circunstancias de hecho"²³, estas circunstancias de hecho que rodean a la falta pueden ser agrupadas, no obstante su laxitud²⁴, en algunos que creemos matices más evidentes:

²¹ Así lo sostienen diversos autores: "En síntesis, puede decirse que la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos se apoya en la idea de falta, concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa (...)" Cassagne (2002) p. 483; "así considerada la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración (...)" Pierry (2000) p. 13; "la falta de servicio consiste en toda falta a las obligaciones del servicio" Vedel (1980) p. 303; "La falta de servicio es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio" Rivero (1984) p. 303

²² Cassagne (2002) p. 482.

²³ Así describe Marcel Waline la metodología de determinación del fundamento de la REEA en Francia, citado en Caldera (1982) p. 402.

²⁴ Véase especialmente la clasificación de la noción de culpa, a partir de la construcción casuística del juez administrativo Paillet (2001) pp. 144 y ss. Destacan la amplitud e imprecisión de la fórmula fundada en la Falta de Servicio: "La fórmula empleada es imprecisa; sin embargo, la jurisprudencia se ha trazado directivas netas (...)" Odent citado en Caldera (1982) p. 399; "la noción de falta de servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o no culposo" Rivero (1984) p. 305.

- Que no sea separable del servicio, esto significa que de producirse el daño éste tiene que encontrarse unido o ligado al funcionamiento del servicio.
- Que, en ciertos casos, adopte un parámetro de gravedad determinado, esto está dado por la complejidad intrínseca en el desarrollo de la actividad pública en determinadas áreas²⁵. Existe un criterio de graduación relacionado con el nivel de dificultad de la actividad específica que realiza el servicio del que se trate, además se considera, para apreciar la dificultad de la actividad, las circunstancias propias de tiempo y lugar en que se desarrolla.

El parámetro de la gravedad va desde la existencia de una falta simple, que en principio compromete la responsabilidad del Estado; la existencia de una falta grave, que es necesaria para imputar responsabilidad en aquellas actividades complejas y por último una falta particularmente grave, en aquellas actividades muy difíciles.

Así, los servicios públicos –especialmente policiales, penitenciarios, hospitalarios– en lo que concierne a su función esencial²⁶ –realización de diagnósticos y ejercicio de procedimientos– han de ser responsabilizados sólo en el caso que haya de existir una falta grave²⁷.

- Que corresponda a un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, en este sentido la imputación al servicio aparecerá siempre que se actúe bajo un nivel medio, de carácter variable, esperado de cada servicio²⁸, etc. Es importante aclarar que el carácter objetivo de la falta, dentro del fundamento subjetivo, en Francia, responde a una característica procesal, enfocada a la posibilidad de demandar a tal o cual sujeto pasivo y no es un elemento de la esencia del fundamento de la REEA por la falta de servicio; es decir, la falta de servicio es objetiva sólo en el entendido que al existir ésta se opone a la Administración toda y no sólo a el o los funcionarios que la ocasionaron, si éstos son identificados. De la misma forma, el carácter de anónima tampoco cabe dentro del fundamento, inclusive este carácter no singulariza a la falta de servicio en ningún aspecto “contrariamente a lo que se escribe algunas veces, la falta de servicio no se caracteriza por su impersonalidad o anonimato”²⁹,

²⁵ Vedel (1980) pp. 304–306.

²⁶ Por ejemplo en la responsabilidad médica la calificación de gravedad de la falta se aplica sólo en los actos médicos, “definidos reglamentariamente de acuerdo a lo propuesto por la Academia Nacional de Medicina”. Pierry (2002) p. 151.

²⁷ Véase a Laubadère citado en Caldera (1982) p. 405; “la jurisprudencia francesa excluyó en un comienzo a ciertos servicios de toda responsabilidad por su actividad y para otros exigió, para aceptar la noción, un grado de gravedad mayor”. Pierry (2000) p. 14; “La jurisprudencia francesa distingue entre aquellas actividades donde siempre será necesaria la existencia de una falta grave para comprometer la responsabilidad del Estado, y aquellas, como la actividad de policía, donde habrá de estudiarse caso a caso si se exige una falta grave o basta una falta simple”. Pierry (2002) p. 150; Rivero (1984) pp. 306–307.

²⁸ Rivero (1984) p. 303.

²⁹ Vedel (1980) p. 303.

puede que exista una persona natural como sujeto pasivo determinado, o bien que exista indeterminadamente.

Así, la “falta objetivada”³⁰ está enfocada al hecho de ser una responsabilidad corporativa, más que individual, empero subsistiendo el reproche al supuesto sujeto activo del daño.

El segundo fundamento de la REEA francesa es la responsabilidad objetiva o, en este contexto, sin falta³¹ –aquella que atribuye responsabilidad al Estado Administrador sin la necesidad de que exista una falta calificada–, como régimen residual³²⁻³³.

Por otra parte, la expresión falta personal designa aquella actividad desarrollada por uno o varios agentes del Estado, cuya actuación es, como contrapartida de la pauta descriptiva de un caso de falta de servicio, separable del servicio³⁴. Por tanto, “entra en juego eventualmente cuando es posible identificar en el origen del daño la actuación de un agente público determinado”³⁵.

Existirá una falta personal y no de servicio, si la falta se comete en una actividad privada del agente y en caso de cometerse en el servicio, esté desprovista de todo vínculo con éste³⁶, el motivo puede ser la existencia de una separación material³⁷ o bien psicológica³⁸.

Pero ambas clases de faltas, la personal y la de servicio, pueden coexistir, al resultar una falta personal no completamente desligada del servicio, su efecto es la acumulación, esto es, que la víctima de la falta puede elegir entre demandar al agente responsable o bien a la Administración del Estado³⁹. De esta forma un segundo supuesto de falta personal se configura al existir una falta de servicio y, conjuntamente, una falta personal, la cual podría identificarse ya sea por la intención maliciosa o dolosa e incluso al no existir en esta una gravedad particular de la falta⁴⁰.

³⁰ García de Enterría y Fernández (2006) p. 370.

³¹ A fin de apreciar los matices jurisprudenciales que conforman la bases de la evolución de la responsabilidad sin falta en Francia. Ruiz (2002) pp. 56–60.

³² Cassagne (2002) p. 483; Vedel (1980) pp. 310–311; Rivero (1984) pp. 307–311.

³³ Se aplica como fundamento, por ejemplo en daños causados por trabajos en obras públicas, explosión o municiones en razón del riesgo excepcional, daños por empleo de ciertos objetos por la administración: automóviles, artefactos militares y armas de fuego, daños resultantes de obras militares, etc.

³⁴ Hay falta personal cada vez que el hecho perjudicial cometido por el agente está desprovisto de todo vínculo con el servicio. En este sentido, falta separable y falta personal son expresiones análogas.

³⁵ Paillet (2001) p. 107.

³⁶ Cassagne (2002) p. 482; Vedel (1980) p. 291.

³⁷ “Al tratarse de actos realizados fuera del ejercicio de toda función, en la vida privada del funcionario”. Pierry (2000) p. 14.

³⁸ “Cuando el acto realizado obedece a motivos personales, cuando se ha obrado con la intención de agraviar (...) o cuando ha existido una grave imprudencia o negligencia” Pierry (2000) p. 14; Paillet (2001) p. 108.

³⁹ Vedel (1980) pp. 297–298.

⁴⁰ Vedel (1980) pp. 291–292.

Ante la existencia de la falta personal, otro aspecto relevante lo compone el régimen por el cual se repartirá la carga indemnizatoria, esto es, el modo en que el agente como la Administración responsables del daño habrán de soportar la pérdida patrimonial de la víctima. Sea que la víctima demande al funcionario o al servicio, siempre existirá un déficit que alguien ha de soportar.

Vedel clasifica la intensidad en que, dependiendo de las circunstancias, ha de responder el funcionario proporcionalmente según la contribución a la producción al daño –al haber acumulación de faltas–, o bien en su totalidad –al no existir falta de servicio–, y por último, excepcionalmente, el funcionario podría quedar indemne –en virtud a una ley especial, aplicable a un supuesto específico y restringido–⁴¹. Con el objeto de recuperar aquella parte o totalidad del dinero que debe contribuir o solventar por completo el funcionario, es que existen las acciones “recursorias” –reembolso–⁴².

Desde un punto de vista procesal, la falta personal es justiciable por un Tribunal Ordinario –del Poder Judicial–⁴³ considerando fundamentos civiles, al contrario de la falta de servicio, que es aquella producida en virtud del ejercicio de la actividad propia del servicio y justiciable por el Consejo de Estado francés⁴⁴.

En cuanto a lo relevante, se dice que en Francia la teoría de la Falta de Servicio es lo mismo que la culpa de un organismo de la Administración del Estado en Chile⁴⁵, pero la primera adopta consideraciones diversas a las existentes en el ordenamiento jurídico chileno, como lo veremos a continuación.

2.2.2 La teoría de la Falta de Servicio en Chile

La Falta de Servicio como fundamento de la REEA aplicable a Chile⁴⁶ se origina a partir de la importación de su símil francés a nuestra realidad, en virtud de los argumentos desarrollados, principalmente, por Pedro Pierry Arrau⁴⁷⁻⁴⁸. Para el autor,

⁴¹ Vedel (1980) pp. 298–300.

⁴² Valdivia (2005) p. 12.

⁴³ En Francia existe una distinción organizacional en la composición del órgano encargado de conocer los conflictos de intereses que involucren a la Administración del Estado, en materia de responsabilidad, el Poder Judicial solo puede conocer de aquella falta personal, al contrario, al existir falta de servicio, el órgano competente es el Consejo de Estado francés. Véase en esta materia Trotabas (1930) pp. 47 y 48.

⁴⁴ Así se distingue en el fallo Pelletier de 30 de junio de 1873, del Tribunal de Conflictos. Pierry (2000) p. 14.

⁴⁵ Así lo señalan Mazeaud y Tunc, citados por Pierry: “Por ello la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para considerar a la falta de servicio, en el estado puro, como una culpa de la Administración”. Pierry (2004) p. 14.

⁴⁶ En cuanto al origen de la aplicación en Chile, Valdivia señala que se manifiesta ya desde la vigencia de la hoy derogada Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades –D.L N° 1.289–, que al momento de tratar la responsabilidad de estos organismos señalaba que procedería cuando “no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan de forma deficiente”. Valdivia (2005) p. 8.

⁴⁷ Actual Excelentísimo Ministro de la Corte Suprema de Chile.

⁴⁸ Pierry (2004) pp. 149–153; Pierry (2000) pp. 16–39, y Pierry (1995) pp. 349–360.

la aplicación del sistema extracontractual del Estado elaborado por el Derecho Administrativo francés, a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, constituye la alternativa más adecuada para el Derecho Público chileno⁴⁹.

La noción de falta de servicio se encuadra en la categoría de responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa de la Administración⁵⁰⁻⁵¹ y posee un carácter esencialmente abstracto. Esta idea únicamente se puede comprender cabalmente tras su aplicación jurisprudencial, la cual la liga, según veremos, al funcionamiento del organismo público como estándar que determina la existencia de la REEA.

Del concepto de falta, como elemento de la esencia, y de la idea que no es posible comprometer la responsabilidad del Estado con la existencia de un vínculo de causalidad, el fundamento objetivo es excepcional, por lo tanto se excluye una acepción objetiva genérica al fundamento de la REEA⁵².

De esta forma, existe una diferencia radical con la teoría de la Responsabilidad Objetiva Constitucional, la cual asimila la falta de servicio a omisión o falta en la prestación del servicio conducente a un daño, incorporando este concepto en el modo o forma que adopta la actividad lesiva del Estado y no en el motivo o razón por el cual responderá el Estado Administrador.

Ya sea por la interpretación de la evolución de la historia del artículo 38 inciso segundo⁵³, por la historia fidedigna del establecimiento del artículo 42 de la LOCBGAE⁵⁴ o bien por la incorporación supletoria del estatuto civil de responsabilidad por culpa⁵⁵, se argumenta la inexistencia de la Responsabilidad Objetiva

⁴⁹ Véase, fallo de su redacción, Seguel Cares con Fisco de Chile, Corte Suprema (2009) rol N° 371-2008, considerando decimocuarto.

⁵⁰ Pierry (2000) pp. 18-19.

⁵¹ Véase Hidalgo Briceño y otros con S.S de Valparaíso y otros, en fallo de su redacción que iguala la Falta de Servicio a "la culpa del Servicio". Corte Suprema (2008) rol N° 1976-2007, considerando decimosexto.

⁵² Véase Villamán Riquelme con Tiznado Quintana y otro, Corte de Apelaciones de Concepción (2009) rol N° 917-2007, considerando decimocuarto; Toloza Ramírez y otro con S.S Bío-Bío. Corte de Apelaciones DE CONCEPCIÓN (2009), rol N° 4651-2005, considerando tercero; Hidalgo Briceño y otros con S.S de Valparaíso y otros Corte Suprema (2008) rol N° 1976-2007, considerando decimosexto; Leva Anino con S.S de Coquimbo, CORTE de Apelaciones de la Serena (2008) rol N° 240-2008, considerando quinto; Empresa Constructora INGEMET S.A con I. Municipalidad de Lota, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 4198-2003, considerando segundo; Sánchez Otárola con I. Municipalidad de Los Ángeles, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 1105-2003, considerando tercero; Franchini Pasten con S.S de Valdivia, Corte Suprema (2008), rol N° 5667-2006, en la sentencia de reemplazo, considerando décimo; Morozin Bajcic con Fisco de Chile, Corte Suprema (2008), rol N° 4647-2008, considerando décimo; Santibáñez Viani con Fisco, Corte Suprema (2004), rol N° 428-2003, considerando decimoquinto.

⁵³ Pierry (2000) pp. 24-28.

⁵⁴ Pierry (2000) pp. 16-18.

⁵⁵ Véase, especialmente en la conclusión de su argumentación, "La aplicación al Estado de la noción falta de servicio puede hacerse a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, permitiendo uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado", Pierry (2000) p. 34.

Constitucional y la vigencia, en vez de ésta, de un fundamento subjetivo de la responsabilidad estatal.

La función del artículo 38 inciso segundo de la CPR es, como consecuencia de lo anterior, sólo la de “establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa”⁵⁶. En contraste, la expresión *falta de servicio* del artículo 42 LOCBGAE determina el contenido sustancial del estatuto jurídico de la REEA.

Al contrario, para afirmar que existe REEA se debe acreditar la existencia de la *falta de servicio*.

En este punto, cabe destacar las nuevas ideas que dicen relación con el fundamento de la REEA y que se subsumen dentro de la teoría de la Falta de Servicio⁵⁷.

Enrique Barros plantea que la REEA no comprende un criterio atributivo de responsabilidad de carácter subjetivo, sino que se aplica a Chile como sinónimo de culpa objetiva, al igual que la culpa civil⁵⁸.

Esto se comprende, según plantea, ya que la culpa civil, al igual que la Falta de Servicio, como criterios fundantes de responsabilidad, son nociones objetivas, ya que “responde[n] a un estándar de cuidado que prescinde del juicio moral de reproche al sujeto que incurre en responsabilidad (...)”⁵⁹, en otras palabras, no existe un juicio o evaluación a la motivación interna del funcionario, sino a una valoración objetiva de las circunstancias, al atender a un modelo de conducta más que a características individuales y subjetivas⁶⁰⁻⁶¹.

De esta forma la idea que tiende a “objetivar” la Falta de Servicio en Chile, alude a la existencia de la comparación jurisprudencial entre “la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública”⁶².

⁵⁶ Pierry (2000) p. 27.

⁵⁷ Las que en esencia comprenden cabalmente la estructura del fundamento de la REEA planteado por Pedro Pierry Arrau, pero las profundizan.

⁵⁸ Aun cuando esta clase de culpa tiene lugar en otro ámbito de aplicación, “la culpa civil se refiere al incumplimiento de deberes generales de cuidado en nuestras relaciones con los demás (...) no es una responsabilidad que surja del ejercicio de una potestad o función pública”. BARROS (2006) p. 485.

⁵⁹ Barros (2006) p. 485.

⁶⁰ Barros (2006) pp. 485 y 77-78; Sanhueza (2005) p. 133.

⁶¹ Así se reproduce en Retamal Figueroa y otro con I. Municipalidad de Calama, en la sentencia de 1ª instancia –Tercer Juzgado Civil de El Loa, Calama– en su considerando decimosegundo, confirmada en 2ª instancia –Corte de Apelaciones de Antofagasta–, y desestimado el recurso de casación en el fondo de la demandada. Corte Suprema (2008) rol N° 4742-2008.

⁶² Barros (2006) p. 506.

Por otra parte, el concepto de *falta de servicio* es útil para diferenciar a la o las personas que habrán de ser responsabilizadas.

Cualquier actividad que ocasione un daño y que sea susceptible de ser introducida en el reproche subjetivo al Estado Administrador, sin identificarse al autor –no hallándose individualizado el perpetrador material de la lesión–, involucra necesariamente que el primero deberá indemnizar a la víctima.

Al contrario, si existen uno o más funcionarios individualizados, éstos, en principio, no ocasionarán que responda la persona jurídica de la cual dependen, salvo que se determine que su intervención es susceptible de ser calificada como una situación en la que ha de responder el organismo público.

De esta forma surge el concepto de *falta personal*, que resulta de disociar imaginariamente la responsabilidad del servicio de la del funcionario. Esta separación resulta útil para excluir los teóricos casos en que únicamente será responsable el agente del Estado.

Desde un prisma puramente normativo, la expresión *falta personal* del artículo 42 inciso segundo de la LOCBGAE, designa aquella eventualidad en que el funcionario administrativo responde excluyendo a la Administración del Estado. Este supuesto se encuentra restringido en gran medida en virtud del artículo 67 inciso segundo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República⁶³ N° 10.336 –en adelante, “LOCGR”–, en razón de esta norma, el funcionario sólo será responsabilizado bajo dos supuestos: que el funcionario haya cometido una falta personal y que ésta ocurra “*en el ejercicio de las funciones respectivas*”.

La expresión “*en el ejercicio de las funciones respectivas*” incluye hipótesis de hecho extraídas, como ya sabemos, del sistema francés, estas son: “a) Funcionario que actúa animado por intereses privados. b) Excesos en el comportamiento, por ejemplo, actuando en estado de ebriedad. c) Particular gravedad⁶⁴⁻⁶⁵, por ejemplo, fumar en un depósito de municiones”⁶⁶. A contrario sensu, el artículo 67 inciso segundo de la LOCGR excluye las faltas personales cometidas con

⁶³ “Asimismo, el Contralor podrá ordenar que se descuente, en las condiciones ya indicadas, de las remuneraciones de los funcionarios a que se refiere el inciso anterior, las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas”, artículo 67 inciso segundo de la LOCGR.

⁶⁴ O bien, como señala el autor, “con extrema negligencia o gravedad”. PIERRY (2004) p. 15.

⁶⁵ Véase Trincado Sierra con I. Municipalidad de Vallenar, al señalar que “tampoco aparece aceptable hablar de falta personal, como lo hace el fallo, la que sólo se da en el evento de una extrema negligencia de parte del funcionario, y en ese solo caso el Estado, sin desligarse de su propia responsabilidad, puede repetir contra el personal que incurrió en la negligencia extrema”. Corte Suprema (2008), rol N° 6346-2006, considerando octavo.

⁶⁶ Pierry (1995) pp. 351–352.

ocasión del ejercicio de la función, y aun aquellas cometidas con los medios del servicio.

La falta puede tener el carácter de *falta personal* pura y simple o *falta personal* con incidencia en una *falta de servicio*.

Como podemos apreciar, el traslado del fundamento francés a Chile es absoluto. Por esta razón la LOCBGAE, de acuerdo a esta postura, habilita a los tribunales de justicia a deducir el motivo de la REEA a partir de la consideración del servicio público como sujeto activo y la sujeción nominal a las expresiones *falta de servicio* y *falta personal*.

La materialización de la teoría de la Falta de Servicio, en su doble vertiente: *falta de servicio/culpa "objetiva"* del servicio y *falta personal/régimen* del funcionario, ocurre mediante la jurisprudencia de ciertos tribunales ordinarios y especialmente por la Tercera Sala de la Corte Suprema, la que se caracteriza, en su mayoría, por exponer las tres expresiones expuestas por Paul Duez⁶⁷, autor francés, que contienen el reproche subjetivo al servicio público por los daños que ocasionen a condición:

- Que exista un mal funcionamiento del servicio –funciona defectuosamente–;
- Que exista un funcionamiento tardío del servicio –actúa tardíamente–;
- Que no exista funcionamiento del servicio –no actúa–.

De esta forma, los tribunales de justicia mencionan en diversas materias la trílogía del concepto de la falta de servicio en virtud de alguna de las anteriores frases⁶⁸.

⁶⁷ Valdivia (2005) p. 8; Paillet (2001) p. 150; BARROS (2006) p. 507, nota 72.

⁶⁸ Véase, en materia de responsabilidad de los Servicios de Salud: Villamán Riquelme con Tiznado Quintana y otro, Corte de Apelaciones de Concepción (2009), rol N° 917-2007, considerando séptimo; Castro Quintana con S.S Bío-Bío, Corte de Apelaciones de Concepción (2009), rol N° 917-2007, considerando séptimo; Toloza Ramírez y otro con S.S Bío-Bío, Corte de Apelaciones de Concepción (2009), rol N° 4651-2005, considerando tercero; Hidalgo Briceño y otros con S.S de Valparaíso y otros, Corte Suprema (2008), rol N° 1976-2007, considerando décimo; Leva Anino con S.S de Coquimbo, Corte de Apelaciones de La Serena (2008), rol N° 240-2008, considerando cuarto; Franchini Pasten con S.S de Valdivia, Corte Suprema (2008), rol N° 5667-2006, en la sentencia de reemplazo, considerando décimo; Burgos Varas con S.S Metropolitano Sur, Corte de Apelaciones de San Miguel (2008), rol N° 1788-2003, considerando quinto en relación al considerando undécimo; Zuñiga Reyes con S.S del Maule, Corte de Apelaciones de Talca (2007), rol N° 1815-2007, considerando sexto; Pérez Cabello y otro con S.S Metropolitano Sur, Corte Suprema (2006), rol N° 4277-2005, considerando quinto; Torres Velásquez y otros con S.S. de Talcahuano, Corte de Apelaciones de Concepción (2003), rol N° 1703-2003, considerandos sexto y duodécimo; Hernández Espinoza con S.S. de Concepción, Corte Suprema (2003), rol N° 1290-2002, considerandos noveno y decimocuarto; Osorio González con S.S San Felipe Los Andes, Corte de Apelaciones de Valparaíso (2000), rol N° 838-1998, considerando decimocuarto. En materia de responsabilidad de otros organismos comprendidos en el título II de la LOCBGAE: Empresa de Transportes Pucará 257 con Fisco de Chile y otro, Corte de Apelaciones de Santiago (2008), rol N°

2.2.3 La Falta de Servicio y la jurisprudencia, la realidad chilena

Más allá de discurrir sobre los orígenes y argumentos doctrinarios relativos a la objetividad de la Falta de Servicio como fundamento de la REEA: ¿qué es *falta de servicio*? ¿dónde se aborda su contenido?

No hay norma alguna que establezca su estructura, no hay parámetro constitucional ni legal que aborde genéricamente su contenido, como veremos, es la jurisprudencia la que realiza tal labor.

Como adelantamos, la teoría de la Falta de Servicio opera mediante el análisis abstracto de la actuación de la actividad de un organismo público, efectuado por un tribunal ordinario de justicia, este estudio determina la adecuación del acto dañoso a la consideración “aceptable funcionamiento del organismo público”.

De esta forma, y al igual que la aplicación francesa, la interpretación libre del juez ordinario es la característica más relevante de la teoría Falta de Servicio.

Tal característica ha llevado a incluir alteraciones al fundamento, al supeditarlos a nociones adquiridas durante la evolución de la Falta de Servicio en Francia e incorporadas por nuestra jurisprudencia, las que han sido interpretadas en diversos casos de forma antagónica:

La Falta de Servicio se definiría por la calidad que la víctima detenta frente al victimario, de esta forma, y contrariando la fórmula francesa –que opera en casos que la víctima sea dañada al utilizar una obra pública, y es un criterio

3620-2003, considerando cuarto; Figueroa Gallardo con Fisco de Chile, Corte Suprema (2002), rol N° 3427-2001, considerando decimotercero. En materia de responsabilidad de otros organismos excluidos del título II de la LOCBGAE: Seguel Cares con Fisco de Chile, Corte Suprema (2009) rol N° 371-2008, considerando decimosegundo; Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 3277-2003, considerando noveno; Burgos Araneda con Aroca Muñoz, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 1084-2007, considerando séptimo; Vallejos Sánchez con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Santiago (2006), rol N° 1383-2005, considerando quinto en relación al considerando decimotercero. En materia de responsabilidad de Municipalidades: Arjona Donoso con I. Municipalidad de Concepción, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 4769-2005, considerando séptimo; Sánchez Sánchez con I. Municipalidad de Arica, Corte Suprema (2008), rol N° 2477-2007, en la sentencia de reemplazo, considerando primero; Empresa Constructora INGENET S.A. con I. Municipalidad de Lota, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 4198-2003, considerandos tercero y séptimo; Sánchez Otárola con I. Municipalidad de Los Ángeles, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 1105-2003, considerando tercero; Trincado Sierra con I. Municipalidad de Valdivia, Corte Suprema (2008), rol N° 6346-2006, considerando octavo; Muñoz Hermosilla con Fisco de Chile, Corte Suprema (2006), rol N° 6118-2005, considerando quinto; Villa Mendoza y otro con I. Municipalidad de la Florida, Corte Suprema (2005), rol N° 2655-2005, considerando quinto; Baeza Balbontín y otro con I. Municipalidad de Viña, Corte Suprema (2005), rol N° 41-2004, considerando trigésimo cuarto; Soto Toro con I. Municipalidad de Talcahuano, Corte Suprema (2005), rol N° 3209-2004, en la sentencia de reemplazo, considerando segundo; Cassis Abuton con I. Municipalidad de Ñuñoa, Corte de Apelaciones de Santiago (2003), rol N° 8161-1998, considerando quinto; García S.A. y otros con I. Municipalidad de Viña de Mar, Corte Suprema (2003), rol N° 2021-2002, considerando decimosegundo.

auxiliar⁶⁹, si la persona es usuaria, beneficiaria o destinataria del servicio⁷⁰⁻⁷¹, tal como ocurrió en el caso Arévalo Bascuñan con Fisco de Chile:

“(…) en efecto, Gendarmería de Chile no está obligada a prestar servicio concreto alguno a la comunidad, como no sea en una forma totalmente indirecta, ya que su función primordial es la custodia de los reclusos que se encuentran a disposición de los tribunales de justicia, por lo que no se hallaba en situación de incurrir en este tipo de responsabilidad”⁷².

Al contrario, en otras ocasiones, los tribunales superiores han negado que la calidad detentada por la víctima frente al servicio⁷³ limite la REEA, como queda en evidencia en Seguel Cares con Fisco de Chile:

“(…) la noción de falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió”⁷⁴.

La Falta de Servicio existiría en razón de la apreciación del actuar o comportamiento normal del servicio⁷⁵, a modo de ejemplo en Muñoz Hermosilla con Fisco de Chile:

⁶⁹ Valdivia (2005) pp. 19 y 20, nota 34.

⁷⁰ Cfr. Valdivia (2005) pp. 16–24.

⁷¹ Véase Hidalgo Briceño y otros con S.S de Valparaíso y otros, Corte Suprema (2008), rol N° 1976-2007, considerando decimosexto; Burgos Varas con S.S Metropolitano Sur, Corte de Apelaciones de San Miguel (2008), rol N° 1788-2003, considerando quinto; Zúñiga Reyes con S.S del Maule, Corte de Apelaciones de Talca (2007), rol N° 1815-2007, considerando sexto; García S.A y otros con I. Municipalidad de Viña del Mar, Corte Suprema (2003), rol N° 2021-2002, considerando decimosegundo; Hernández Espinoza con S.S. de Concepción, Corte Suprema (2003), rol N° 1290-2002, considerandos noveno y decimocuarto.

⁷² Arévalo Bascuñan con Fisco de Chile, Corte Suprema (2003), rol N° 3876-2001, en la sentencia que acoge la casación en el fondo, considerando decimocuarto.

⁷³ Morales Gamboa y otros con Fisco de Chile, la sucesión de un carabinero muerto por la acción de otro, la demanda es acogida, tanto en 1ª como en 2ª instancia, con modificaciones, Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008), rol N° 2097-2007, considerando quinto; Figueroa Gallardo con Fisco de Chile, un funcionario de la dirección de vialidad del Ministerio de Obras Públicas (no es destinatario ni usuario del servicio), no logra acreditar el hecho causante de la *falta de servicio*, Corte Suprema (2002) rol N° 3427-2001, considerandos decimonoveno y vigésimo.

⁷⁴ Seguel Cares con Fisco de Chile, Corte Suprema (2009), rol N° 371-2008, considerando duodécimo.

⁷⁵ Seguel Cares con Fisco de Chile, Corte Suprema (2009), rol N° 371-2008, considerando decimoquinto; Castro Quintana con S.S Bío-Bío, Corte de Apelaciones de Concepción (2009), rol N° 72-2008, considerando séptimo; Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 3277-2003, considerandos noveno, vigésimo segundo y vigésimo tercero; Empresa de Transportes Pucará 257 con Fisco de Chile y otro, Corte de Apelaciones de Santiago (2008) rol N° 3620-2003, considerando cuarto; Vallejos Sánchez con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Santiago (2006), rol N° 1383-2005, considerando quinto; Sociedad Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Santiago (2003), rol N° 6828-1999, considerando sexto; Cassis Abuton con I. Municipalidad de Ñuñoa, Corte de Apelaciones de Santiago (2003) rol N° 8161-1998, considerando quinto.

“(…) la falta de servicio se produce cuando se presenta una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con lo que debería haber sido su comportamiento normal y que, naturalmente, de ello se siga un daño (…)”⁷⁶.

La Falta de Servicio se derivaría de la contravención de las expectativas de la comunidad, de aquello que se tiene derecho a esperar⁷⁷⁻⁷⁸, así como en Arce Bahamondez con Servicio de Registro Civil e Identificación:

“(…) la existencia de la responsabilidad por falta de servicio del Estado (...) denota el incumplimiento de un deber de servicio que puede consistir en que no se preste el servicio que la Administración tenía el deber de prestar, se preste tardíamente o en forma defectuosa, de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a esperar”⁷⁹.

La Falta de Servicio podría desprenderse de la asignación o existencia de “medios” del servicio público –aludiendo a recursos económicos o técnicos–⁸⁰, como en el caso Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile:

“que, en efecto, para establecer la falta de servicio debe considerarse la actuación de la administración en relación a los medios de que dispone para ello”⁸¹.

Al contrario, en otros casos⁸², como en Campillo Mañan y otros con S.S. de Talcahuano, se ha contradicho el anterior criterio:

⁷⁶ Muñoz Hermosilla con Fisco de Chile, Corte Suprema (2006), rol N° 6118-2005, considerando quinto.

⁷⁷ Barros (2006) p. 511.

⁷⁸ Andrade Vera con Servicio de Salud Llanquihue Chiloé y Palena, Corte Suprema (2009), rol N° 3115-2008, considerando decimoséptimo; Villamán Riquelme con Tiznado Quintana y otro, Corte de Apelaciones de Concepción (2009), rol N° 917-2007, considerando decimosegundo; Burgos Araneda con Aroca Muñoz, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 1084-2007, considerando séptimo.

⁷⁹ Arce Bahamondez con Servicio de Registro Civil e Identificación, Corte de Apelaciones de Santiago (2009), rol N° 9872-2006, considerando primero.

⁸⁰ Vargas Barrientos con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Santiago (2009), rol N° 4892-2008, considerando segundo, letra d); Escobedo Carreño con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Santiago (2009), rol N° 8077-2007, considerando sexto, letra d); Martínez Barrera con Fisco de Chile, en el voto de disidencia del Ministro Cornelio Villaruel, Corte de Apelaciones de Santiago (2008), rol N° 1005-2004, considerandos primero y segundo del voto de disidencia.

⁸¹ Véase Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile, Corte Suprema (2010), rol N° 3172-2008, considerando noveno.

⁸² Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile, en el voto de disidencia del Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia, Corte Suprema (2010), rol N° 3172-2008, considerandos segundo y tercero del voto de disidencia; Torres Velásquez y otros con S.S. de Talcahuano, Corte de Apelaciones de Concepción (2003), rol N° 1703-2003, considerando decimotercero.

“(...) la falta de recursos o la situación particular del Servicio demandado no lo habilita para descargarse de la responsabilidad propia ni lo exime de su obligación de indemnizar a la demandante por los daños sufridos (...)”⁸³.

Que la Falta de Servicio sólo existe si hay una infracción a un deber específico del servicio público⁸⁴, como en Constructora INGEMET S.A con I. Municipalidad de Lota:

“(...) para que concurra falta de servicio, es menester que exista una obligación legalmente consagrada, respecto de determinado órgano de la administración, de prestar alguno concreto y específico (...)”⁸⁵.

Existirían, por último, otros criterios auxiliares y casuísticos, que surgen de la singularidad de los eventos que tienen lugar al existir un daño a la víctima⁸⁶.

Terminemos.

3. Conclusiones

¿Qué es la “Falta de Servicio” como fundamento de la REEA en Chile hoy?

La teoría de la responsabilidad por la Falta de Servicio, entendida como la culpa del servicio o falta objetivada, es un reproche casuístico de uno o varios jueces, en otras palabras, la actual noción del concepto *falta de servicio* de la LOCBGAE, es una evaluación judicial de la conveniencia del actuar de los servicios públicos.

Así, esta teoría otorga al juzgador ordinario una herramienta abierta para introducir estándares franceses o propios adecuados a la consideración del

⁸³ Campillo Mañán con Servicio de Salud de Concepción, replicando las consideraciones del fallo de 2ª instancia –considerando octavo–, desechando el recurso de casación en el fondo, Corte Suprema (2004), rol N° 5264-2003, considerando decimoquinto.

⁸⁴ Burgos Araneda con Aroca Muñoz, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 1084-2007, considerando décimo; Baeza Balbontín y otro con I. Municipalidad de Viña, Corte Suprema (2005), rol N° 41-2004, considerandos trigésimo cuarto y trigésimo quinto.

⁸⁵ Empresa Constructora INGEMET S.A con I. Municipalidad de Lota, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 4198-2003, considerando tercero.

⁸⁶ Así, por ejemplo, los criterios de: “*nivel o calidad del servicio*” al entregar a una persona distinta del titular una cédula de identidad, en Arce con Servicio de Registro Civil e Identificación, Corte de Apelaciones de Santiago (2009), rol N° 9872-2006, considerando primero; la “*envergadura del desperfecto*” que ocasionó el daño, así la omisión de señalar sólo algunos desniveles son efectivamente motivo de Falta de Servicio, otros no, en Quintana Urrea con I. Municipalidad de Chillán, Corte Suprema (2008), rol N° 6754-2006, considerandos decimocuarto y decimoquinto; la “*razonabilidad*” de la actuación de los funcionarios, en Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A y otro con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 3277-2003, considerandos decimonoveno y vigésimo cuarto.

servicio público como sujeto activo, mediante la sujeción nominal a las expresiones *falta de servicio* y *falta personal*, conceptos que no tienen contenido propio.

¿Por qué ocurre esto?

- a) Por una distorsión normativa, esto es, la carencia de un concepto para el título atributivo de responsabilidad por la *falta de servicio*.

Creemos que la Falta de Servicio no corresponde a una idea objetiva u objetivada, ya que la norma que sería el continente de su sentido no delimita –ni siquiera señala– la conducta que puede dar origen a la REEA por su actividad u omisión, de otro modo, no existe una matriz, ni siquiera genérica, de la cual podamos deducir el motivo por el cual se atribuirá responsabilidad a la actividad estatal lesiva.

Esto se entiende al atender a la interpretación que se le ha dado al artículo 42 inciso primero de la LOCBGAE, según algunos no existiría un fundamento que regule el motivo de la REEA, ni siquiera un motivo determinable, situación totalmente distinta a la prescrita por el artículo 38 inciso segundo de la CPR, su texto e interpretación literal no guía a equívocos, se indemnizará toda lesión⁸⁷.

Al no existir razón, en la actualidad, en el régimen de REEA sólo constatamos muchas decisiones.

- b) Por una distorsión jurisprudencial

Al apreciar el modo en que los tribunales ordinarios chilenos han entendido el fundamento de la REEA, *una teoría de la responsabilidad por Falta de Servicio* se torna en una contradicción⁸⁸. Los tribunales ordinarios han:

⁸⁷ Esto es extraño dentro del ordenamiento jurídico chileno, lo ejemplifica el contenido y modelo que presentan los artículos 44, 1547, 2314 y 2329 del Código Civil. Estos fijan un criterio imperativo y vinculante para el intérprete –la necesidad de que exista negligencia, descuido en el cumplimiento de una obligación preexistente–, esta razón, al ser aplicada análogamente a diversas instituciones civiles forma un sistema coherente. En el Código Civil, la falta de diligencia o negligencia son “él” título atributivo de responsabilidad, de carácter sustancial, y aplicable a la relación jurídica originada por todo daño entre privados –salvo expresa excepción–.

⁸⁸ En este punto adherimos a Cristián Román, quien ha criticado el estado actual de la jurisprudencia en materia de REEA: “nuestra jurisprudencia carece de un criterio uniforme de resolución en materia de RPA (...) la excesiva participación del juez trae consigo nefastas consecuencias, tales como la inseguridad jurídica, la intromisión del juez en decisiones de orden político, la institucionalización de la desigualdad entre ciudadanos y la consolidación de una justicia intuitiva (...)”. Román (2005) pp. 532–533.

- Negado –sea por la razón que fuere– la aplicación de las normas del Código Civil⁸⁹ al fundamento de la REEA, sin embargo en otras ocasiones las estiman aplicables⁹⁰.
- Afirmado que existe un fundamento propio de la REEA perteneciente al Derecho Público que pareciera ser la aplicación de la Teoría Objetiva Constitucional⁹¹, aun cuando se niega expresamente su aplicación⁹².
- Aplicado tres frases genéricas propias de la jurisprudencia y doctrina del derecho francés: que el servicio funcione mal, no funcione o funcione tardíamente.

⁸⁹ Burgos Varas con S.S. Metropolitano Sur, Corte de Apelaciones de San Miguel (2008), rol N° 1788-2003, considerandos séptimo y decimotercero; Trincado Sierra con I. Municipalidad de Vallenar, Corte Suprema (2008), rol N° 6346-2006, considerando séptimo; Zúñiga Reyes con S.S. del Maule, Corte de Apelaciones de Talca (2007), rol N° 1815-2007, considerando sexto; Vera Cárdenas con I. Municipalidad de Llanquihue, Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2007), rol N° 641-2007, considerando séptimo y decimosegundo; Baeza Balbontín y otro con I. Municipalidad de Viña, Corte Suprema (2005), rol N° 41-2004, considerando cuadragésimo primero.

⁹⁰ Seguel Cares con Fisco de Chile, Corte Suprema (2009), rol N° 371-2008, considerando decimoquinto; Burgos Araneda con Aroca Muñoz, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 1084-2007, considerando decimosegundo; Empresa de Transportes Pucará 257 con Fisco de Chile y otro, Corte de Apelaciones de Santiago (2008), rol N° 3620-2003, considerando sexto; Fuenzalida Mandriaza con I. Municipalidad de Curicó, Corte de Apelaciones de Talca (2007), rol N° 61837-2002, considerando sexto; Vallejos Sánchez con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Santiago (2006), rol N° 1383-2005, considerando decimotercero; Arévalo Bascuñan con Fisco de Chile, Corte Suprema (2003), rol N° 3876-2001, en la sentencia que acoge la casación en el fondo, considerando decimocuarto en relación al decimosexto y decimoséptimo, por otra parte, en la sentencia de reemplazo, considerandos primero a tercero.

⁹¹ El caso más claro, a nuestro parecer, es Torres Velásquez y otros con S.S. de Talcahuano, donde la sentencia de 2ª instancia de la Corte de Apelaciones de Concepción –que aun citando el precedente de Hernández Espinoza con S.S. de Concepción, considerando quinto– señala que la Falta de Servicio responde a fórmula de la deficiencia en la actividad del servicio –considerandos sexto y duodécimo–, pero al continuar con sus argumentos contradice lo ya esgrimido al sostener la objetividad de la REEA y señalar que “basta, por tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad” Corte de Apelaciones de Concepción (2003), rol N° 1703-2003, considerando decimotercero. Se razona de la misma forma, en: Radrigán Plaza y otros con Fisco de Chile, Corte de Apelaciones de Santiago (2009), rol N° 2447-2008, considerando decimoquinto; Andrade Rojas con I. Municipalidad de Talca Corte de Apelaciones de Talca (2008), rol N° 1173-2006, considerando quinto; Burgos Varas con S.S. Metropolitano Sur, Corte de Apelaciones de San Miguel (2008), rol N° 1788-2003, considerando octavo; Toledo Ferreira con I. Municipalidad de Antofagasta, Corte de Apelaciones de Antofagasta (2008), rol N° 483-2007, considerandos cuarto y séptimo; Vallejos Guiñez con I. Municipalidad de Chillán, Corte de Apelaciones de Chillán (2007), rol N° 28163-2004, considerandos séptimo y noveno; Quintana Urrea con I. Municipalidad de Chillán, Corte de Apelaciones de Chillán (2006), rol N° 794-2005, considerando séptimo; Valenzuela Romo con I. Municipalidad de Graneros y otros, Corte de Apelaciones de Rancagua (2006), rol N° 1657-2005, considerando decimotercero a decimonoveno; Aillapán Sepúlveda con S.S. Chiloé Llanquihue y Palena, donde se alude inclusive a la responsabilidad fundada en el artículo 2314 del Código Civil (considerando 14), pero se falla en razón de la Teoría Objetiva Constitucional, Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2005), rol N° 116620-2003, considerando decimoquinto; Sociedad Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile, donde la sentencia de 2ª instancia –Corte de Apelaciones de Santiago– señala que la Falta de Servicio responde a fórmula de la deficiencia en la actividad del servicio, señalando su carácter de “culpa del servicio” –considerando sexto–, pero al continuar sus argumentos, aun cuando sustrae el caso sub-lite del contexto de la Falta de Servicio, aplica un parámetro objetivo constitucional –considerando décimo en relación a los considerandos duodécimo y decimoquinto–, Corte de Apelaciones de Santiago (2003), rol N° 6829-1999.

⁹² Véase nota N° 53.

- Variado en sus criterios jurisprudenciales, los que aparecen, desaparecen y se contradicen: la calificación de usuario de una víctima del daño de dicho organismo, los recursos del organismo, las expectativas de la comunidad, potestades o deberes, y otros diversos, etc.⁹³.

Posibles soluciones

Creemos que, tal como se ha entendido en el período 1999-2010, la actual tendencia jurisprudencial de la Falta de Servicio debe ser sustituida, a fin de resguardar la seguridad jurídica y preservar los derechos de los particulares lesionados por el Estado Administrador. La alternativa que reemplace a ésta ha de ser determinada por una norma sustantiva, que a su vez sea coherente con: los orígenes, la estructura judicial no especializada, la razonabilidad económica, y las fuentes jurídicas materiales chilenas.

Sostenemos que, aun cuando profundizaremos nuestra postura en un próximo artículo, el camino a seguir por la jurisprudencia ha de fundarse en la decisión conciente del empleo de un estatuto de normas –sean éstas constitucionales o aquellas propias de la relación entre particulares–. Una primera alternativa es utilizar las normas del Código Civil –Libro Cuarto, Título XXXV–, teniendo en cuenta la especial naturaleza del Estado Administrador como sujeto activo del daño, a todo ámbito en que tenga lugar la actuación del Estado Administrador; una segunda posibilidad, es la utilización de las normas constitucionales de forma directa e inmediata –artículo 38 inciso segundo–.

BIBLIOGRAFÍA

ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2006): “Responsabilidad Patrimonial de Autoridades Públicas en el Chile Indiano” en *La Responsabilidad del Estado-Administración* pp. 21–38.

ARTEAGA ECHEVERRÍA, Ignacio (2007): “La responsabilidad extracontractual de la administración del Estado por el daño antijurídico: acercando posiciones” en *Gaceta Jurídica*, N° 329: pp. 23–29.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (1992): *La cultura jurídica en el Reino de Chile* (Santiago, Universidad Diego Portales) 481 pp.

BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1232 pp.

CALDERA DELGADO, Hugo (1982): *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 541 pp.

⁹³ Los criterios no son propios, así se evaluaría por la jurisprudencia el deber de diligencia de la Administración del Estado. Señalan estos factores, en todo o parte, Sanhueza (2005) pp. 136–137; Barros (2006) pp. 510–511.

CASSAGNE, Juan Carlos (2002): *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, LexisNexis, 2ª edición) tomo I, 608 pp.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2009): *Un análisis económico del fundamento de la responsabilidad del Estado Administrador*, Tesis presentada para la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 119 pp.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2008) "La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento", en *Actualidad Jurídica* N° 17: pp. 293-314.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1989) "La acción de responsabilidad y la responsabilidad por la falta de servicio", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 2: pp. 429-440.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006): *Curso de Derecho Administrativo* (10ª edición, Madrid, Civitas) Tomo II.

GONZÁLEZ CORANTE, Emilio (2007): "La responsabilidad extracontractual del Estado-Municipalidad por falta de Servicio y la indemnización por Daño Moral. Una Mirada a la Jurisprudencia (2000-2005)", en *RDUCEN* 3ª época N° I: pp. 46-67.

GORDILLO, Agustín (2006): *Tratado de derecho administrativo (8ª edición)* Tomo II [Fecha de consulta: 1 de julio de 2009] Disponible en <http://www.gordillo.com/Pdf/2-8/Capitulos/XX.pdf>

HUEPE ARTIGAS, Fabián (2006): *Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa* (Santiago, LexisNexis) 430 pp.

LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (2009): "La Responsabilidad Pública de los Servicios de Salud. Algunos Contrastes Desde Una Perspectiva Privatista", en *Microjuris*, base de datos en línea, MJCH:MJD335.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2006): "La Responsabilidad del Estado en la Constitución", en *La Responsabilidad del Estado-Administración*, pp. 39-58.

OELKERS CAMUS, Osvaldo (1998): "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", *Revista Chilena de Derecho*, número especial: pp. 345-352.

PAILLET, Michel (2001): *La Responsabilidad Administrativa*, en CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María (trad.) (Colombia, Universidad Externado de Colombia).

PIERRY ARRAU, Pedro (2004): "¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 11: pp. 11-19.

PIERRY ARRAU, Pedro (2002) "La falta de Servicio en la Actividad Médica", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 8: pp. 149-153.

PIERRY ARRAU, Pedro (2000): "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N° 1: pp.11-40.

PIERRY ARRAU, Pedro (1995): "Repetición del Estado contra el funcionario", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* XVI: pp. 349-360.

RIVERO, Jean (1984): *Derecho Administrativo* (9ª edición, Caracas, Instituto de Derecho Público) BREWER CARÍAS, Allan (traducción) pp. 303–322.

ROMÁN CORDERO, Cristián (2005): “La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado”, en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, Editorial Legal Publishing): pp. 509–537.

RUIZ ROSAS, Andrea (2002): *Estudio doctrinario de la responsabilidad extracontractual del Estado en general y de la Administración en particular* (Santiago, Instituto Chileno de Derecho Administrativo) 159 pp.

SANHUEZA ACOSTA, Ricardo (2005): *Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno* (Santiago, LexisNexis) 311 pp.

SOTO LARREÁTEGUI, Josefina (2003): “La responsabilidad del Estado-Municipalidad”, en *Actualidad Jurídica* N° 7: pp. 183–200.

SOTO KLOSS, Eduardo (2009a): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing) 788 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo (2009b): “Responsabilidad del Estado por daños de su administración. Algunos casos de jurisprudencia (2º semestre 2008)” en *Ius Publicum*, N° 22: pp. 91–107.

SOTO KLOSS, Eduardo (2008): “La responsabilidad del Estado-Administración es objetiva (a propósito de “Aillapán Sepúlveda, Corte Suprema/2ª Sala, 9.1.2007)”, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador) *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, pp. 399–431.

SOTO KLOSS, Eduardo (2006): “La responsabilidad de las municipalidades por los daños que produzca su inactividad/falta de servicio: principios básicos (notas para un recuento jurisprudencial)”, en *La responsabilidad del Estado-administración*, pp. 71–116.

SOTO KLOSS, Eduardo (2004): “Responsabilidad del Estado, globalización, regulaciones y seguridad jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 31 N° 2: pp. 301–308.

SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. El Principio de Jurisdicción* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

TROTABAS, Louis (1930): “Liability in Damages under French Administrative Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 12, N° 1, pp. 44–57.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2005): “Nuevas fronteras de la falta de servicio”, en *Gaceta Jurídica* N° 301: pp. 7–25.

VEDEL, Georges (1980): *Derecho Administrativo* (Madrid, Aguilar) en RINCÓN JURADO, Juan (traducción) 759 pp.

WEIL, Prosper (1989): *Derecho Administrativo* (2ª edición, reimpresión, Madrid, Editorial Civitas S.A) 188 pp.

Jurisprudencia

Corte Suprema (2010): rol N° 3172, Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. y otro con Fisco de Chile, Tercera Sala, 19 de enero de 2010.

Corte Suprema (2009): rol N° 3115, Andrade Vera con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, Tercera Sala, 23 de diciembre de 2009.

Corte Suprema (2009): rol N° 6977-2007, Ceballos Muñoz con I. Municipalidad de Talcahuano, Tercera Sala, 27 de agosto de 2009.

Corte Suprema (2009): rol N° 371-2008, Seguel Cares con Fisco de Chile, Tercera Sala, 30 de julio de 2009.

Corte Suprema (2008) rol N° 4742-2008, Retamal Figueroa y otro con I. Municipalidad de Calama, Tercera Sala, 24 de diciembre de 2008.

Corte Suprema (2008) rol N° 1976-2007, Hidalgo Briceño y otros con S.S de Valparaíso y otros, Tercera Sala, 14 de octubre de 2008.

Corte Suprema (2008): rol N° 2477-2007, Sánchez Sánchez con I. Municipalidad de Arica, Tercera Sala, 30 de septiembre de 2008.

Corte Suprema (2008): rol N° 5667-2006, Franchini Pasten con S.S de Valdivia, Tercera Sala, 26 de junio de 2008.

Corte Suprema (2008): rol N° 4647-2008, Morozin Bajcic con Fisco de Chile, Tercera Sala, 25 de marzo de 2008.

Corte Suprema (2008): rol N° 6754-2006, Quintana Urrea con I. Municipalidad de Chillán, Tercera Sala, 18 de marzo de 2008.

Corte Suprema (2008): rol N° 6346-2006, Trincado Sierra con I. Municipalidad de Vallenar, Tercera Sala, 5 de marzo de 2008.

Corte Suprema (2006): rol N° 389-2006, Parr Sepúlveda con I. Municipalidad de Chillán, Tercera Sala, 8 de junio de 2006.

Corte Suprema (2006): rol N° 6118-2005, Muñoz Hermosilla con Fisco de Chile, Tercera Sala, 5 de junio de 2006.

Corte Suprema (2006) rol N° 4277-2005, Pérez Cabello y otro con S.S Metropolitano Sur, Tercera Sala, 18 de enero de 2006.

Corte Suprema (2005): rol N° 2655-2005, Villa Mendoza y otro con I. Municipalidad de la Florida, Tercera Sala, 30 de noviembre de 2005.

Corte Suprema (2005): rol N° 41-2004, Baeza Balbontín y otro con I. Municipalidad de Viña, Tercera Sala, 26 de mayo de 2005.

Corte Suprema (2005): rol N° 3209-2004, Soto Toro con I. Municipalidad de Talcahuano, Tercera Sala, 19 enero de 2005.

Corte Suprema (2004): rol N° 428-2003, Santibáñez Viani con Fisco, Cuarta Sala, 16 de agosto de 2004.

Corte Suprema (2004): rol N° 5264-2003, Campillo Mañan con Servicio de Salud de Concepción, Tercera Sala, 28 de julio de 2004.

Corte Suprema (2003): rol N° 2021-2002, García S.A. y otros con I. Municipalidad de Viña de Mar, Cuarta Sala, 15 de septiembre de 2003.

Corte Suprema (2003): rol N° 3876-2001, Arévalo Bascuñán con Fisco de Chile, Tercera Sala, 27 de agosto de 2003.

Corte Suprema (2003) rol N° 1290-2002, Hernández Espinoza con S.S. de Concepción, Cuarta Sala, 30 de abril de 2003.

Corte Suprema (2002): rol N° 3427-2001, Figueroa Gallardo con Fisco de Chile, Cuarta Sala, 8 de mayo de 2002.

Corte Suprema (2000): rol N° 2994-1999, Fisco de Chile con Valencia Barahona, Primera Sala, 26 de septiembre de 2000.

Corte de Apelaciones de Santiago (2009): rol N° 4892-2008, Vargas Barrientos con Fisco de Chile, Séptima Sala, 22 de octubre de 2009.

Corte de Apelaciones de Santiago (2009): rol N° 8077-2007, Escobedo Carreño con Fisco de Chile, Sexta Sala, 20 de agosto de 2009.

Corte de Apelaciones de Santiago (2009): rol N° 10410-2005, Sociedad de Servicios y Equipos de Automatización y Control Petrosid Ltda con Fisco de Chile, Tercera Sala, 14 de agosto de 2009.

Corte de Apelaciones de Santiago (2009): rol N° 9872-2006, Arce Bahamondez con Servicio Civil e Identificación, Tercera Sala, 21 de julio de 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción (2009): rol N° 917-2007, Villamán Riquelme con Tiznado Quintana y otro, Primera Sala, 27 de mayo de 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción (2009): rol N° 72-2008, Castro Quintana con S.S Bío-Bío, Quinta Sala, 12 de mayo de 2009.

Corte de Apelaciones de Santiago (2009): rol N° 2447-2008, Radrigán Plaza y otros con Fisco de Chile, Tercera Sala, 13 de abril de 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción (2009): rol N° 4651-2005, Toloza Ramírez y otro con S.S Bío-Bío, Segunda Sala, 22 de enero de 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción (2008): rol N° 4769-2005, Arjona Donoso con I. Municipalidad de Concepción, Cuarta Sala, 22 de octubre de 2008.

Corte de Apelaciones de La Serena (2008): rol N° 240-2008, Leva Anino con S.S de Coquimbo, Primera Sala, 24 de septiembre de 2008.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008): rol N° 2097-2007, Morales Gamboa y otros con Fisco de Chile, Segunda Sala, 17 de septiembre de 2008.

Corte de Apelaciones de Talca (2008) rol N° 1173-2006, Andrade Rojas con I. Municipalidad de Talca, 3 de septiembre de 2008.

Corte de Apelaciones de Concepción (2008): rol N° 4198-2003, Empresa Constructora INGENET S.A. con I. Municipalidad de Lota, Quinta Sala, 20 de agosto de 2008.

Corte de Apelaciones de Concepción (2008): rol N° 1105-2003, Sánchez Otárola con I. Municipalidad de Los Ángeles, Segunda Sala, 4 de agosto de 2008.

Corte de Apelaciones de Santiago (2008): rol N° 1005-2004, Martínez Barrera con Fisco de Chile, Octava Sala, 17 de junio de 2008.

Corte de Apelaciones de San Miguel (2008): rol N° 1788-2003, Burgos Varas con S.S. Metropolitano Sur, Segunda Sala, 20 de marzo de 2008.

Corte de Apelaciones de Antofagasta (2008) rol N° 483-2007, Toledo Ferreira con I. Municipalidad de Antofagasta, 18 de marzo de 2008.

Corte de Apelaciones de Concepción (2008): rol N° 3277-2003, Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A y otro con Fisco de Chile, Quinta Sala, 31 de enero de 2008.

Corte de Apelaciones de Concepción (2008) rol N° 1084-2007, Burgos Araneda con Aroca Muñoz, Primera Sala, 22 de enero de 2008.

Corte de Apelaciones de San Miguel (2008): rol N° 298-2007, Godoy Villouta con I. Municipalidad de San Ramón, Quinta Sala, 16 de enero de 2008.

Corte de Apelaciones de Santiago (2008): rol N° 3620-2003, Empresa de Transportes Pucará 257 con Fisco de Chile y otro, Cuarta Sala, 10 de enero de 2008.

Corte de Apelaciones de Talca (2007): rol N° 1815-2007, Zuñiga Reyes con S.S. del Maule, Primera Sala, 20 de diciembre de 2007.

Corte de Apelaciones de Talca (2007): rol N° 61837-2002, Fuenzalida Mandriaza con I. Municipalidad de Curicó, Segunda Sala, 21 de noviembre de 2007

Corte de Apelaciones de Chillán (2007): rol N° 28163-2004, Vallejos Guiñez con I. Municipalidad de Chillán, Primera Sala, 16 de agosto de 2007.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2007): rol N° 641-2007, Vera Cárdenas con I. Municipalidad de Llanquihue, 2 de marzo de 2007.

Corte de Apelaciones de Chillán (2006): rol N° 794-2005, Quintana Urrea con I. Municipalidad de Chillán, 29 de noviembre de 2006.

Corte de Apelaciones de Rancagua (2006): rol N° 1657-2005, Valenzuela Romo con I. Municipalidad de Graneros y otros, 8 de agosto de 2006.

Corte de Apelaciones de La Serena (2006): rol N° 433-2006, Morozin Bajcic con Fisco de Chile, 3 de agosto de 2006.

Corte de Apelaciones de Santiago (2006): rol N° 1383-2005, Vallejos Sánchez con Fisco de Chile, Quinta Sala, 13 de junio de 2006.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2005): rol N° 116620-2003, Aillapán Sepúlveda con S.S. Chiloé Llanquihue y Palena, 22 de febrero de 2005.

Corte de Apelaciones de Santiago (2003): rol N° 6829-1999, Sociedad Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile, 21 de noviembre de 2003.

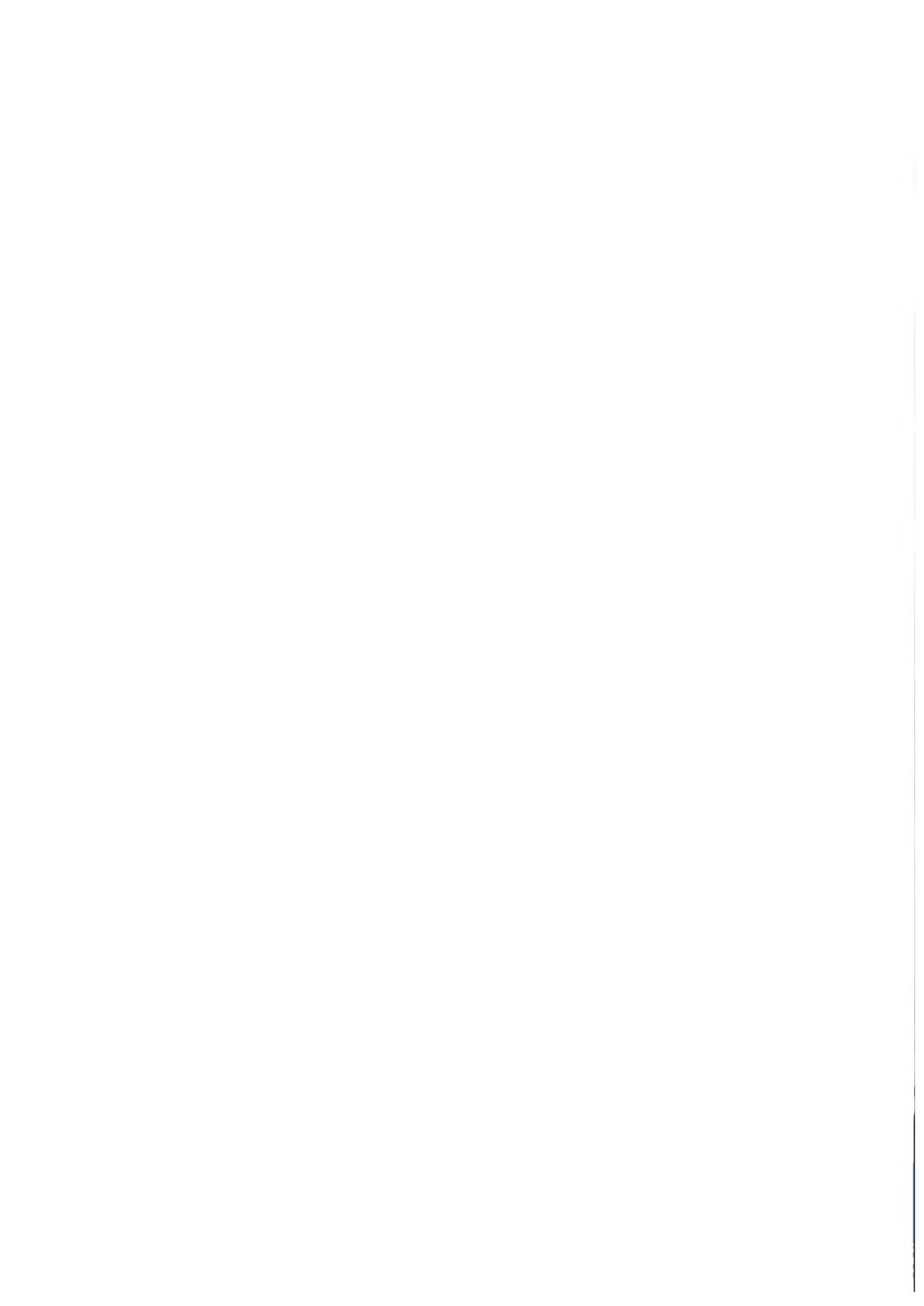
Corte de Apelaciones de Concepción (2003): rol N° 1703-2003, Torres Velásquez y otros con S.S. de Talcahuano, Tercera Sala, 18 de diciembre de 2003.

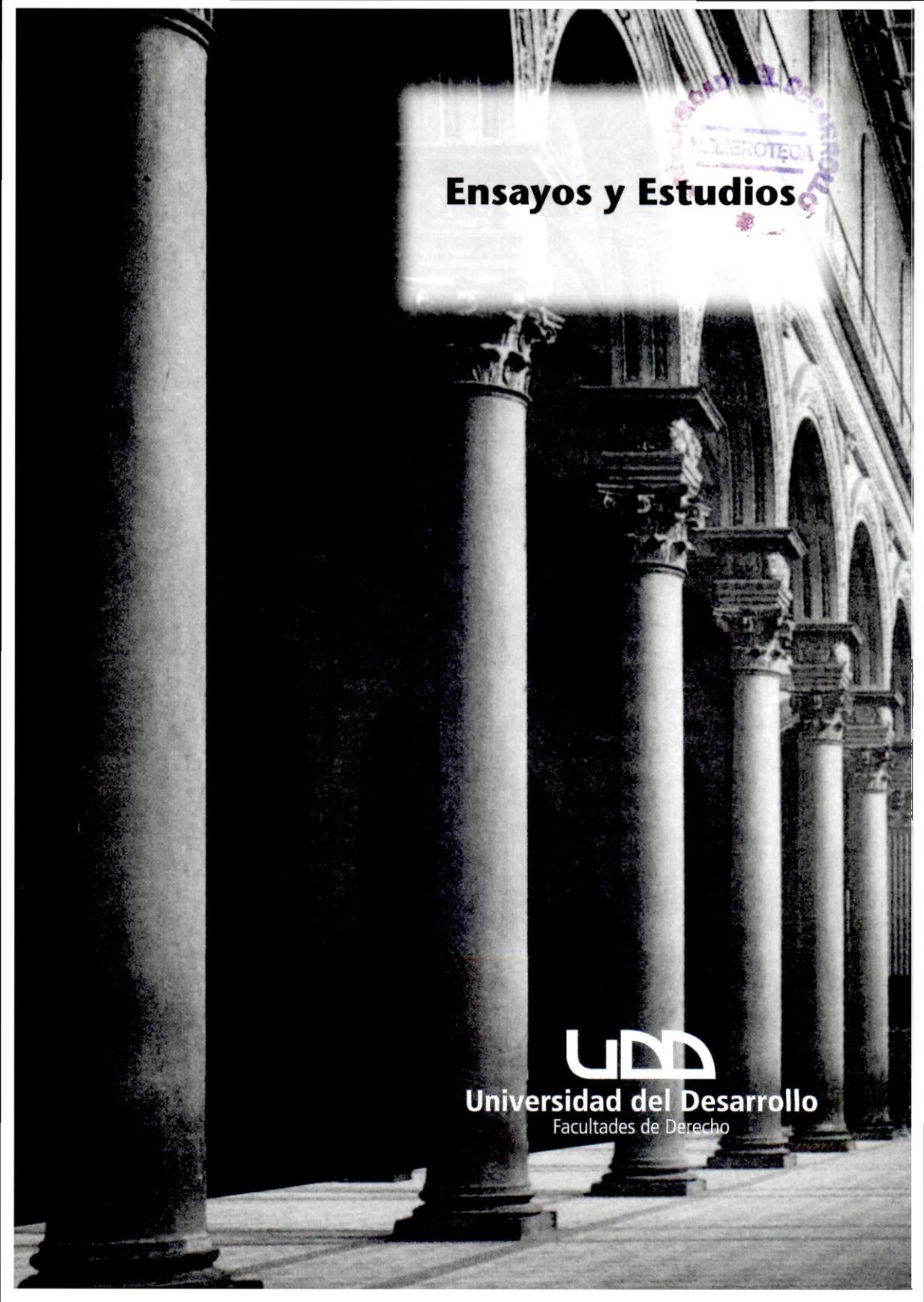
Corte de Apelaciones de Santiago (2003): rol N° 8161-1998, Cassis Abuton con I. Municipalidad de Ñuñoa, Séptima Sala, 30 de mayo de 2003.

Corte de Apelaciones de Concepción (2002): rol N° 1439-2002, Hernández Espinoza con S.S. de Concepción, 6 de marzo de 2002.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2000): rol N° 838-1998, Osorio Gonzáles con S.S San Felipe Los Andes, 4 de agosto de 2000.

Corte de Apelaciones de Concepción (1999): rol N° 1656-1998, Crisóstomo Cáceres con I. Municipalidad de Concepción, 15 de septiembre de 1999.





Ensayos y Estudios



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena

Julio Valdivia Pérez¹

Profesor ayudante Derecho Comercial
Universidad del Desarrollo

Resumen: La Ley N° 20.190, que introdujo –entre otras– una gran reforma al derecho societario chileno por medio de la incorporación de la Sociedad por Acciones “SpA” vino en refrendar que el debate sobre la naturaleza contractual de la sociedad, no estaba fenecido. Muy por el contrario, la libertad contractual toma especial fuerza en diversas materias relativas a la constitución, aporte del capital, control, y específicamente para lo que nos interesa: en la administración. Este artículo se propone demostrar cómo es que la cláusula abierta del “régimen de administración” que se contiene en el Párrafo 8°, del Título VII, del Libro II del Código de Comercio (que regula a la “SpA”) brindó la más amplia libertad en materia de administración societaria que se haya conocido en décadas.

Cuestiones preliminares

La Ley N° 20.190, conocida coloquialmente como “MKII” vino en modificar los artículos 424 y siguientes del Código de Comercio, introduciendo en el extinto Párrafo 8°, del Título VII, Libro II, un nuevo tipo societario en el derecho chileno: la Sociedad por Acciones (“SpA”)². La inclusión de este instituto jurídico se enmarca dentro de una política general de estímulo al mercado de capitales –en una reforma variopinta– que precedida de un diagnóstico más o menos reconocible, consideraba que el denominado “*capital de riesgo*”³; actividad económica que

¹ Julio C. Valdivia Pérez es abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile.

² Por sus siglas, conforme lo dispone el artículo 425, N° 1.

³ Véase por ejemplo: Cochrane, John (2005): “The Risk and Return of Venture Capital Market”, en *Journal of Financial Economics*, Vol. 75, Issue 1, p. 3–52. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501570 y Triantis, George (2001): “Financial Contract Design in the World of Venture Capital”, en *University of Chicago Law Review*, Vol. 68. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258392

presenta problemas de agencia, de asimetría de información, y cuya característica más virtuosa o ventajosa es el elevado potencial de rentabilidad del desarrollo de un negocio. Medurado –esto último– por el alto nivel de riesgo ínsito a ellas, no encontraba el vehículo jurídico propicio para su progreso y profundización.

Se tornaba evidente que la explosión de un ramo de la industria que precisa de flexibilidad y rapidez, celeridad y certeza, enfrentaba profusos costos de transacción en el régimen de contratación en general, y en el societario, en particular. Las bondades propias de la Sociedad por Acciones, que procuran espolear al capital de riesgo, están siendo debidamente difundidas, y sobre ellas ya existe alguna literatura en las revistas especializadas del país⁴.

Cuestiones radicales tales como el reconocimiento legislativo a la conformación de una sociedad unipersonal, o la posibilidad de, aun siendo un contrato formal, constituir a la “SpA” por medio de un instrumento privado suscrito por sus otorgantes, y cuyas firmas sean autorizadas por notario público, en cuyo registro será protocolizado el instrumento, y no necesariamente acudiendo a la dación de escritura pública, entre otras, exceden el marco de lo que propugnamos en esta entrega. La competencia se radicará en cómo la regulación sobre “SpA” revitalizó al contrato (y los principios en que se funda esta herramienta) como “metáfora”⁵ para explicar la vida, y existencia de la sociedad, con especial énfasis en lo que respecta al diseño de su *administración*.

Así las cosas, es el artículo 424 del Código de Comercio que señala, al definir a la “SpA”, que en el estatuto social se establecerán “*los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en este Párrafo, podrán ser establecidos libremente*”. A su turno, el artículo 425 N° 4 reitera a propósito de las menciones mínimas del mismo estatuto, que éste deberá contener “*la forma como se ejercerá la administración de la sociedad y se designarán sus representantes; con indicación de quienes la ejercerán provisionalmente en su caso*”. En términos orgánicos y de potestades, estas son las únicas menciones –de las genéricas– que el legislador dispuso como bases fundamentales de la administración de la “SpA”. Existen, por cierto, otras normas referidas a atribuciones y órganos sociales relativas a la administración, que por supuesto analizaremos, pero el primer diagnóstico que podemos presentar es la evidente –epistemológicamente hablando– ausencia de un sistema de administración preconcebido por el regulador. Un primer indicio de libertad se anida entonces.

⁴ Véase: Jara Baader, Andrés. (2007) “Sociedades por Acciones, Ley 20.190: Publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de junio de 2007”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Vol. 34, N° 2: pp. 251–288; Sarroca Poblete, José Miguel (2010): “Las Sociedades por Acciones SpA”, en *Revista Actualidad Jurídica*, (Universidad del Desarrollo), N° 21, enero de 2010, pp. 515–532.

⁵ Greenfield, Kent (2000): “From Metaphor to Reality in Corporate Law” en Stanford Agora, Vol. 2, 2000. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=254117> or doi:10.2139/ssrn.254117

Propiedad, contrato, sociedad y administración

Este resulta ser un tópico belicoso. En la medida de que seguimos usando la “metáfora” para fundar el tinglado jurídico sobre el que descansa la sociedad, decimos de manera recurrente que los accionistas son dueños de ella⁶, no obstante todas las particularidades que el estatuto de la propiedad constitucional nos impone a los privados para su legítimo ejercicio, y por tanto, “con ello, el *interés social* es identificado únicamente con “la maximización de beneficios”⁷. Extremando el argumento, podría ser constitucionalmente admisible considerar la intromisión, en el derecho societario en específico, y por vía de mandatos legislativos –por supuesto–, la circunstancia de que cada compañía adoptara una política de responsabilidad social corporativa para su funcionamiento. Ciertamente, ello podría argumentarse atendida la función social que inviste la propiedad diseñada por el constituyente. No es algo que en particular nos parezca idóneo, pero, como dice Greenfield, de utilizar la metáfora, debemos hacernos cargo de todas las particularidades –o externalidades, usando la jerga económica– que ello acarrea.

Pero, ¿qué relación existe entre lo que enunciamos y la administración de la “SpA”? Una considerable. Disponiendo como punto inicial de la travesía de su estudio la posibilidad de que conforme lo reconoce el mismo artículo 424 del Código de Comercio la “SpA” es “una persona jurídica creada por una o más personas”, no es intrascendente que para el “diseño institucional” de la “SpA” exista un solo accionista, algunos, o muchos. Con la expresa limitación del artículo 430 que, por vía del número de accionistas (no más de 499) o por vía de atomicidad en el control social (a lo menos el 10% de su capital pertenezca a un mínimo de 100 accionistas) ciñe las “dimensiones” de la “SpA”. Pues de encontrarse fuera de esos límites, la ley le impone la conversión en una sociedad anónima, por su solo ministerio. Por cierto, ello no es indicativo de una u otra dirección (administración sencilla, o una compleja) pero si aquello se lo relaciona con el nivel de capital, la actividad económica de su objeto, y la calificación profesional de sus fundadores, el resultado más común será que, ante negocios o firmas familiares pequeñas, de recurrirse al ropaje jurídico de la “SpA”, la administración bien será asumida por el propio accionista único (caso de la sociedad unipersonal) o por la adopción de las formas menos rigurosas –en principio– de las sociedades de personas. En este caso los “problemas de agencia” son menores, pero no por ello introducen algunas variables a considerar: una que adelantaremos ¿Cómo resguardar los intereses de los accionistas que no quedando en la administración, tienen títulos transables, pero sujetos a un mercado no tan profundo? ¿En los derechos, o en el diseño orgánico y de potestades/responsabilidades de la administración de la “SpA” estará la solución?

⁶ Greenfield, Kent (2000): p. 4

⁷ Means, Berle Jr., “The Modern corporation and private property”, citado por Dobson, Juan Ignacio (2010): *Interés Societario*, (Buenos Aires, Editorial Astrea) p. 353.

Como la "SpA" es un tipo social que destaca porque la "participación en el capital es representada por acciones", su talante resulta fácilmente comparable con la sociedad de capital que por antonomasia conoce el derecho chileno: la Sociedad Anónima (S.A.). Por ejemplo, la utilización de esta "analogía" ha sido destacada con amplitud en la doctrina norteamericana, como cuando se contraponen a las "*Limited Liability Companies*" LLC (por sus siglas) –símil de la "SpA"– las "*Corporations*" –símil de la Sociedad Anónima– en la medida que se dice que se las puede corresponder en términos de responsabilidad (*liability*), la aplicación de las normas de gobierno corporativo, y los principios de la "*internal affairs doctrine*"⁸ con que enfrentan los conflictos al interior de la compañía. Añadimos para el derecho chileno, en que ambas son personas jurídicas distintas de los accionistas individualmente considerados⁹, expresamente se somete a la "SpA" a un régimen supletorio, en aquello que no se contraponga con su naturaleza, a las normas aplicables a la sociedad anónima cerrada (art. 424 *in fine*) y además, en lo que respecta a su régimen de tributación, la Circular N° 46 del Servicio de Impuestos Internos, de 4 de septiembre de 2008, enfáticamente recoge el mandato del artículo 2° N° 6 inciso segundo de la Ley de Rentas, el cual dicta que para todos los efectos de esa legislación, la "SpA" se considera como "anónima". Todos estos antecedentes nos permiten suponer que, aunque libres las personas y/o partes para constituir una "SpA" para vestir a un negocio modesto o pequeño, los incentivos legales –inclusive del régimen tributario, como citamos– están colocados para que actores con negocios con alguna mediana complejidad, sin ser forzosamente grandes en volúmenes de capital para necesitar levantar fondos mediante su apertura al mercado bursátil (S.A.A.) ni de muchas personas (500 o más accionistas) ni menos la proporción del 10% de capital suscrito en a lo menos 100 accionistas, utilicen la forma de la "SpA". Ello trae como consecuencia que respecto de la Administración vayamos en búsqueda de los principios de gobierno, y algunas ideas en lo relativo al control y responsabilidad que traza la Ley de Sociedades Anónimas (18.046) sin sujetar de manera forzosa a la "SpA" a esas prescripciones –sobre todo en lo orgánico–, por motivos de texto expreso que analizaremos, ni porque evidentemente en el ejercicio de la libertad un negocio de apariencia pequeña, y relativa concentración en la propiedad, escoja contenerse en las vestimentas de la "SpA".

En ese camino se nos cruza el concepto de "*interés social*" como idea fuerza que trasunta a todos los principios y mecanismos descritos. Sobre el punto, concordamos con el profesor Alcalde R. cuando dice que tal expresión "necesariamente dice relación con los intereses de quienes son partes en el contrato, es decir, los propios accionistas, y con exclusión de otros sujetos que pueden interactuar

⁸ Bacon, Leigh A. (2001) "Freedom of' or 'Freedom from'? The Enforceability of Contracts and the Integrity of the LLC", en *Duke Law Journal*, Vol. 50, N° 4. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=270235> or doi:10.2139/ssrn.270235

⁹ Cosa que en el Derecho Norteamericano no es tan claro respecto de las LLC.

con la sociedad”¹⁰ y esto porque cimentamos claramente la figura de la “SpA” usando la metáfora del contrato; tanto que, ni considerando que ambas figuras (“S.A.” y “SpA”) son definidas como “personas jurídicas” por sobre la voz “contrato” que utiliza el artículo 2053 del Código Civil, resulta prístino que aquello –lo de “persona jurídica”– es otra metáfora fundada en la idea que la sociedad es una “conexión de contratos”¹¹; cuestión que es la recepción de una idea de Hans KELSEN, para quien la persona jurídica sería una expresión unitaria para un complejo de normas¹². Por lo que el fin primordial del derecho societario sería disponer de la más amplia libertad para que las partes construyan sus acuerdos, y que por excepción se les impongan normas imperativas o prohibitivas¹³, o como dicen COOPER y ULEN: “el primer propósito del derecho de los contratos es el de permitir que los individuos cooperen convirtiendo los juegos de soluciones no cooperativas en juegos de soluciones cooperativas”¹⁴.

De esta manera, la estructura de la propiedad claramente condicionará la forma en que se gestione la sociedad; su orgánica y potestades, y en todo caso, es menos útil –la propiedad– para fundar algunos de los conceptos que trataremos de profundizar, que son especialmente ilustradores de la esencia de la “SpA”. Por el contrario, el contrato se aviene mejor como justificación al marco de actuación que pueden diagramar los accionistas al configurar el régimen de administración de la “SpA”. No es que contrato y propiedad sean conceptos antitéticos. Por el contrario. La eficacia de los contratos descansa precisamente sobre la efectiva protección de la propiedad, no obstante lo que proponemos es que la revitalización de la libertad contractual –y el contrato, como instrumento– son las razones para explicar las grandes posibilidades de los actores privados a este respecto. Como dice ALCALDE R., ésta “*libertad negocial*” es la que permite dotar de contenido¹⁵ a los pactos autónomamente celebrados.

Orgánica de la Sociedad por Acciones “SpA” y libertad contractual

¿Órgano colegiado, unipersonal, o cualquiera de los dos?

Hemos expresado que el Párrafo 8º, Título VII, del Libro II del Código de Comercio, que regula a la “SpA”, no preconice cuál es el régimen de administración

¹⁰ Alcalde R., Enrique (2007): *La Sociedad Anónima* (Editorial Jurídica de Chile), p. 39.

¹¹ Alcalde R., Enrique, (2007): p. 25.

¹² Dobson, Juan Ignacio, (2010): p. 145

¹³ Bebchuk, Lucian A (1989) “The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law”, en *Columbia Law Review*, Vol. 89, pp. 1395–1415, 1989; Harvard Law and Economics Discussion Paper N° 63. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=552729>

¹⁴ Cooter, Robert, y ULEN, Thomas (2008): *Derecho y Economía*, (Editorial del Fondo de Cultura Económica, México) traducción de Eduardo L. Suárez

¹⁵ Alcalde R., Enrique (2007): p. 15.

que deben adoptar las partes, o la persona que constituye este tipo social. Por el contrario, sólo se habla de “*régimen de administración*” tanto en el artículo 424, como en el 425. Además de esas disposiciones, solo encontramos referencias a la “*administración*” en el artículo 427, que le encomienda al acuerdo de la “*junta de accionistas*” la modificación del pacto social, pero a reglón seguido le abre la vía a que dicha “*junta*” no se celebre en el evento de que “*la totalidad de los accionistas suscribieren una escritura pública o un instrumento privado protocolizado en el que conste tal modificación*”.

Para el caso de los aumentos del capital social, el inciso 2° del artículo 434 innova radicalmente al entregarle a la “*administración*” en “*forma general o limitada, temporal o permanente, (la atribución) para aumentar el capital con el objeto de financiar la gestión ordinaria de la sociedad o para fines específicos*”. Esta prerrogativa que en todo caso debe estar expresamente consultada en el pacto social, no conoce parangón en el derecho societario chileno, en el entendido que el aumento del capital siempre resulta ser expresión de la modificación del contrato, y por tanto, en facultad ejercida por los socios o accionistas, y no por la administración, la cual puede delegarse incluso a terceros ajenos al contrato. Quizás el legislador acá, previendo una estructura de propiedad concentrada, estimó en su propósito de otorgar la más amplia flexibilidad a los actores de la sociedad, que disponiendo de esas atribuciones, la administración puede cumplir con mayor celeridad y eficacia su propósito de maximización del valor de la compañía. Todo lo cual arroja con refulgencia que la libertad de contratación que insufla al modo en que la administración puede ser autónomamente arreglada, se impone a aquellas visiones que estiman propio de los ordenamientos de las sociedades de capital, que los poderes de los órganos encargados del gobierno de la sociedad, se inspiran en normas denominadas de “*orden público*”. Las dudas consustanciales que genera la norma aludida residen en la quintaesencia del atavismo del operador jurídico chileno: su exacerbado formalismo. Lo que conlleva a saber cómo poner en práctica ese aumento, y si es que debe –necesariamente– reflejarse en la modificación de los estatutos sociales. Para desasosiego de los traídos a colación, y sólo porque expresamos nuestra adhesión irresoluta al principio de libertad contractual, nos manifestamos en la negativa; primero porque si la administración en tanto tal, no es parte del contrato, malamente puede manifestar su voluntad en terrenos que le resultan vedados. Y segundo, porque puede buscarse la analogía con lo que dispone el artículo 10 de la Ley sobre Sociedades Anónimas (N° 18.046) en cuanto dispone la modificación de pleno derecho del capital cuando la Junta de Accionistas aprueba el balance del ejercicio, no obstante no ha habido proceso formal de modificación del pacto social para reproducir la revalorización que se expresa. Sí ello es posible, ¿cómo no considerar que la Administración sujeta –en todo caso– a la autorización para aumentar el capital, y a sus procedimientos de cuenta en sus acuerdos o en las formas mediante las cuales hace fidedignas sus decisiones, y con el debido asiento en los registros contables, dicho aumento?

Sin embargo asaltan algunas dudas. ¿Quiénes suscribirán las acciones, y que plazos deberán emplearse para el entero del capital? Nos parece que no se hace preciso ahogarse en la falta de regulación del caso concreto, y nada más acudir a la norma general, que en todo caso la entrega el mismo artículo 434: *“el capital social deberá enterarse en el plazo estipulado por los estatutos, o en su defecto, en el máximo de 5 años”*, a cuyos vencimientos deviene la sanción legal de la reducción de pleno derecho al capital efectivamente pagado. Destacable resulta que, a diferencia con lo que ocurre con el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 18.046, que permite el ejercicio de los derechos asociados a la acción, y con la calificada excepción de los derechos patrimoniales, no obstante no se encuentre totalmente pagada, salvo que se pacte lo contrario. En la “SpA”, la cuestión se invierte, y de no haber estipulación social especial, la acción que no se encuentre totalmente pagada no gozará de derecho alguno.

En lo que respecta a quienes podrán suscribir aquellas acciones, también franquea la ley la más amplia libertad: el artículo 439 señala que las “acciones de pago” que puede emitir la “SpA”, cuyo precio determinarán los accionistas, no es obligatorio que sean ofrecidas a los accionistas de manera preferente; sin perjuicio de que el estatuto autorizado por el inciso segundo de dicha norma, puede determinar una oferta de esa naturaleza “al menos por una vez” a dichos miembros. La pregunta que sí aflige al corresponder ambas normas que explicitamos es ¿cómo la administración puede fijar el precio de la acción y a quienes ofertarlas “preferentemente” si el art. 439 señala que debe ser determinada esa circunstancia por los “accionistas”? Nuevamente, por la especial atribución que se confiere a la “administración”, consideramos que el pacto social será espacio suficiente para autorizar en el ejercicio de esa calificada prerrogativa, la posibilidad de determinar el precio de la acción, o al menos, de proponer las bases sobre las cuales los accionistas deban pronunciarse. De otro modo, si precisáramos de la anuencia de los accionistas, la decisión de la administración a este respecto se vería limitada al extremo de la inutilidad. Aunque, de nuevo, es factible que el legislador entendiera que esa disposición puede ser utilizada con mayor frecuencia en sociedades en donde la persona de los accionistas inviste además la administración. Y por eso, las decisiones –aunque jurídicamente distintas– se toman en un panorama de confusión de roles.

También se habla de “asamblea de accionistas” en el artículo 438, cuando se toca el tema de la compra de acciones de su propia emisión por parte de la “SpA”, y las dos últimas apelaciones a órganos de la administración se dan en el art. 431 al atribuir responsabilidad, tanto a administradores como al gerente general en el caso de la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro de accionistas, y en el art. 441 cuando se alude a las formas de resolución de las diferencias que se producen al interior de la “SpA”; ambas prescripciones que analizaremos con mayor detenimiento en lo sucesivo de estas páginas.

En cuanto a la “estructura orgánica” de la “SpA”, valgan las reflexiones acerca de la importancia que tiene la estructura de propiedad de esta. Es tan amplio el espectro de actividades económicas que es posible formalizarlas por medio del empleo de una “SpA”; desde las pequeñas firmas que –presumiblemente– puedan ser arropadas mediante la “SpA” por una sola persona, hasta las de dimensiones y complejidades propias de una S.A. Decimos, inclusive, sobre emprendimientos que de no existir la “SpA” serían con toda razón personificados en una S.A., hoy tienen la alternativa de acogerse a este estatuto, toda vez que el Código de Comercio recoge expresamente la regulación de derechos accionarios, normas de control societario, entre otras, que consideramos forman parte de negocios con requerimientos de gobierno social más sofisticado que al día 5 de septiembre de 2007 (fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.190) sólo tenían a las normas de la Ley N° 18.046 como sustento asociativo.

Se ha dicho que uno los pilares jurídicos sobre los cuales descansa la “administración” de una sociedad de capital sería la posibilidad de que todos los accionistas participen, a lo menos teóricamente, en el ejercicio y generación de la administración¹⁶. Porque, y poniendo el énfasis en la existencia de un entramado de derechos patrimoniales y políticos claros, además de una serie de órganos sociales definidos imperativamente por el legislador, como resulta ser el *Directorio* (arts. 1° y 31 de la Ley 18.046), el *Gerente* (art. 49 de la Ley 18.046) y las *Juntas de Accionistas* (arts. 55 y ss.), se obtiene un panorama general en la Sociedad Anónima Cerrada de marcado orden “*dirigista*”. Y teniendo presente que son supletorias “*en lo que no se opongan a su naturaleza*” a las disposiciones del estatuto y a las del Párrafo 8°, Título VII, Libro II del Código de Comercio; sabiendo que sus normas de administración “son de orden público, prohibitivas, en términos de que las competencias de cada uno de sus órganos –directorio y juntas de accionistas– aparecen expresamente señaladas en la ley, sin que la voluntad de las partes pueda alterarlas más allá de lo que la misma ley permite”¹⁷. Sí las normas sobre administración de la sociedad anónima son del carácter expuesto (“orden público”), y además –específicamente la S.A.C.– supletorias de la voluntad de los accionistas de una “SpA”, ¿adquieren, por ello, la misma “*calidad*” las normas de administración en el tipo social estudiado?

Por tanto, ¿qué *forma* de administración puede(n) diseñar la persona, o partes que constituyen una “SpA”? La respuesta es cualquiera que no vulnere las normas mínimas que entregan las disposiciones del Código de Comercio, y las de la S.A.C que puedan resultar aplicables. En el fondo, y aun más, puede afirmarse

¹⁶ Contreras S., Osvaldo (2005) *Instituciones de Derecho Comercial* (Editorial LexisNexis) Tomo I, p. 397.

¹⁷ Pfeffer U, Francisco J. (2005) “El Concepto de Control Societario, la Administración de la Sociedad Anónima, los Conflictos de Interés y la Potestad Punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el Contexto del Denominado “Caso Chispas””, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, pp. 501-537

sin lugar a dudas que los principios sobre administración que descansan en la normativa de la "Sociedad Colectiva" que regula en el art. 2053 el Código Civil son la última *ratio* que deben resguardar a los accionistas a la hora de adoptar una *orgánica* determinada. En ese sentido, y atendida la naturaleza contractual de la sociedad, "las obligaciones que de ella emanan para sus diversas partes deben sujetarse al principio de buena fe"¹⁸.

Para estos efectos la norma de *clausura* que deberá regular la *forma* de la administración, está contenida en los artículos 2071 y 2081 del Código Civil al permitir que la dirección de la sociedad colectiva se le encomiende a uno o más socios, o si nada se ha dicho, se entiende que cada uno de ellos ha recibido el poder de los otros de administrar. O, con más exactitud, considerando el carácter *mercantil* de la "SpA", lo que el artículo 384 del Código de Comercio señala: "el régimen de administración de la sociedad colectiva se ajustará a los pactos que contenga la escritura social...". ¿Esto equivale a la *forma* de administrar? En ningún caso. Los artículos 424 y 425 son perentorios a la hora de exigir un "*régimen de administración*", lo que corresponde a decir que debe confiarse a un órgano social la facultad de administrar, y aunque ese "órgano social" sea el mismo único accionista de una "SpA" unipersonal. Afirmamos que son el sustento lógico final, toda vez que ella es resultado de un mínimo esfuerzo en dar eficacia al contrato; de no existir manera de administrar, poco y nada habrá de "sociedad". Sucede que al tiempo que el Código Civil y el Código de Comercio al regular las sociedades colectivas establecen una norma de "*mandato tácito y recíproco*" entre los consocios, el legislador para la "SpA" entrega a la completa libertad de las personas el establecer el sistema de gobierno societario. En definitiva, pueden optar a ocupar todo el espectro de *formas* de administración que reconoce el derecho societario chileno, y aun otras no expresamente consultadas, pero que no se contrapongan al *espíritu general de la legislación* (societaria) y a la mentada *naturaleza* de la "SpA".

Así, podemos precisar que, entre otras, puede acudirse a la existencia de:

1. Un administrador único con el título de "Gerente" o cualquier otro, con todas las potestades que le entrega el estatuto, encomendado a un tercero, o ejercido por uno de los accionistas;
2. Administración conferida por medio de mandatos entre los consocios para actuar por cuenta de la sociedad, o terceros delegados en el pacto social, o por acto posterior.
3. Administración ejercida por un órgano colegiado, con distribución de funciones de gestión y control;

¹⁸ Alcalde R., Enrique, (2007): p. 51

4. Todas, con la existencia de mandatos particulares, o la designación de gerentes que desempeñen los encargos que se les confíen, y con la limitación de que a lo menos se indiquen en el estatuto la o las personas que ejercerán provisionalmente, en su caso¹⁹. Sobre el punto SARROCA se manifiesta, y para efectos de la representación legal, en la necesidad de que la “SpA” nombre un “representante legal, que puede ser un gerente o gerente general”²⁰.

¿Debe existir una “Junta de Accionistas”?

En principio, ello no resulta exigible. Como apunta JARA, “la existencia de esta Junta de Accionistas no parece ser un requisito esencial y un órgano que necesariamente debe estar presente en la sociedad, pues es evidente que la única materia donde es citada la Junta puede ser sustraída de su conocimiento en el evento que los socios concurren en una escritura modificatoria”²¹. ¿Habrà alguna circunstancia en que sea necesaria? Y la respuesta sería: cuando las partes la estipulen. Así de simple. Explicaremos el punto: al interpretar la ley; al saber por la historia fidedigna de su establecimiento que el origen de la “SpA” era la modificación²² de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas, para establecer una “forma” de ella más “desformalizada”, se dispuso finalmente en su tramitación constitucional –con un cambio de nombre incluso– que su espacio sería el del Código de Comercio, para demostrar que se trataba de un tipo social nuevo, expresamente. Que esa decisión tenía como fundamento trasuntar que lo pretendido por el legislador era precisamente no sujetar a la “SpA” a ser un mero apéndice, tanto de la S.A.C, como de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL), aun cuando los parecidos con ambas. De esta manera, se termina creando una serie de normas construidas para que los operadores de cualquier industria, que requiera o no de una estructura societaria detallada, opten por brindarles las bondades propias de la participación del capital social en títulos cedibles libremente –en principio–, como son las acciones; cuestión muy propia de la S.A, pero sin necesariamente tener que someterla a los ingentes costos asociados al formalismo contractual “*dirigista*” que exhibe la misma S.A., y de ese modo, balancearla y hacerla parecida –también– a un tipo social que, previendo la limitación de la responsabilidad de sus miembros, no tiene la posibilidad de es-

¹⁹ Véase para todos: Puelma A., Álvaro (2009): *Sociedades* (Editorial Jurídica de Chile), 3ª edición, Tomos I y II.

²⁰ Sarroca Poblete, José Miguel (2010): p. 520

²¹ Jara B, Andrés (2007) p. 3

²² En un comienzo en el proyecto de ley (Boletín 3278-05) del Ejecutivo las normas que se proponía modificar estaban en la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas. Así a continuación del artículo Noveno Transitorio, del Título XVI de la ley se agregaba un capítulo II intitulado “De La Sociedad de Responsabilidad Limitada por Acciones”. De este modo, el artículo primero que se introducía decía: “las sociedades anónimas pueden ser de tres clases: sociedades anónimas abiertas, sociedades anónimas cerradas, o sociedades de responsabilidad limitada por acciones”. Los dos incisos finales de este artículo afirmaban: “Son sociedades de responsabilidad limitada por acciones aquellas que se constituyan al amparo del Capítulo II de esta ley”, “las sociedades anónimas cerradas son las no comprendidas en los incisos segundo y tercero anteriores”.

tablecer formas flexibles en la cesión de los derechos sociales (caso de la SRL). En el fondo, el legislador en este Párrafo 8°, del Título VII del Libro II del Código de Comercio describe un trazado vertiginoso de pistas de un tesoro, por medio de la asignación correlativa de normas inconexas frente a las que las preceden, precisamente para decir que esto no es una S.A.C, ni es una S.R.L., pero de que se le quiere insinuar en una dimensión intermedia o “híbrido” de ambas, que duda cabe. Tanto es así, que no tendrían sentido normas como la del art. 429 del Código de Comercio que señala: “los accionistas sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes en la sociedad”. ¿Para qué el legislador introduce esta declaración similar a la del art. 1° de la Ley N° 3.918 sobre “Sociedades de Responsabilidad Limitada”, sabiendo que la representación del capital por medio de títulos –como sucede en la “SpA”– que son su fracción en un número limitado, consideran implícitamente que la responsabilidad del accionista que suscribe el título limita su responsabilidad al monto aportado, o más precisamente, al precio de la acción? Mi severa impresión –que por cierto se radica en el campo de lo meramente especulativo– es que el legislador de manera pedagógica, pero imperfecta, quiso evidenciar que el hecho de establecer este tipo social en un Código de Comercio en donde socios colectivos mercantiles y gestores –en la comandita– responden ilimitadamente, no era indicativo de esa misma línea en materia de responsabilidad. Aun más, la declaración que llamamos la atención tiene sentido en el título de las “sociedades en comandita”²³ en tanto que los regímenes de responsabilidad de gestores y comanditarios son diversos. En el fondo, el legislador ha tratado de decir –intuimos–: brindo las virtudes de las SRL: responsabilidad limitada de los miembros (accionistas, acá) y las de la S.A. (representación del capital por medio de acciones), en el supuesto que la acción posibilita el dinamismo social, y el acceso a una serie de actos jurídicos que la porción de los derechos sociales en la SRL no concede de manera flexible, naturalmente, al tráfico jurídico. Tan importante es la acción a este respecto, en sus efectos en la economía liberal, que Puelma ha dicho sobre el punto: “(la acción) ha ocasionado que la sociedad anónima sea la figura jurídica societaria preferida en el mundo capitalista, lo que se refleja en que el mayor número de empresas de cierta importancia económica estén organizadas como sociedades anónimas”²⁴.

En concreto, las “Juntas de Accionistas” no son precisas de –aun cuando existan multiplicidad de accionistas– considerarlas al constituir una “SpA”. El ejercicio de todos los derechos sociales, incluidos los políticos, pueden ejercerse bajo las formas que el mismo estatuto social disponga. Evidentemente que algunas ideas propias de la Ley N° 18.046 pueden ser tomadas para efectos de consignar el ejercicio de estos derechos para homologar situaciones análogas. Pero en ningún caso, de no establecerse más que la enunciación de algunas de sus

²³ Arts. 483 y 495 del Código de Comercio.

²⁴ Puelma A., Álvaro (2009) p. 583.

atribuciones significa que deben entenderse supletorias todas las normas de quórum, convocatorias y calidades de las Juntas si no hay declaración expresa. Tanto porque respecto de aquellas materias puede entenderse que el legislador da el marco preciso, por muy general que sea, en el sistema de información “que dé razonable seguridad de su fidelidad” que debe mantener la sociedad con los accionistas a que se refiere el art. 445. Tanto, porque puede esto arribar a la conclusión de que se está prescindiendo de cuestiones relativas a su naturaleza que detallaremos oportunamente.

La Administración de la LLC. Experiencia en el derecho norteamericano

Haciendo un examen de lo que sucede en el derecho norteamericano observamos que las “*Limited Liability Companies*” (LLC) –símil de la “SpA”–, que fueron creadas por primera vez por la Wyoming LLC Act., adoptada en 1977, ofrecen una estructura o modalidad “*camaleónica*”²⁵ de administración. Pues bifurca en dos especies²⁶ de LLC. Entre aquellas gestionadas por los miembros, o dueños (*member-managed*), y aquellas en donde la administración le corresponde a directores, agentes o gestores; independientemente de que sean o no titulares de acciones de la compañía. (*Manager-managed*). La LLC cuya estructura de administración ha sido reservada a sus miembros parte de la premisa característica del “*partnership*”; esto es, que cada uno de los miembros se encuentra en posición jurídica de obligar a la sociedad. O lo que en el derecho societario chileno sería la norma del mandato tácito y recíproco que recepciona el art. 2081 del Código Civil y el art. 386 del Código de Comercio. Por otro lado el modelo de la administración por delegados replica el modelo “*directorial*”, hasta el punto de que legislaciones estatales como la Minenesota LLC Act., delinean una estructura de gobierno parecida a la “*Corporation*” o S.A. nuestra, con mecanismos propios de ese sistema de administración²⁷. El problema que se suscita en los Estados Unidos reside en la difícil situación en que se coloca a los terceros, por el hecho de que deba adoptarse uno de estos dos métodos por *default*. Sobre todo si ha existido o no referencia al sistema de gobierno en la publicación de los “*articles of organization*”²⁸. Como dicha problemática por el poco empleo de las figuras colectivas en Chile es escaso, no ventilan muchas ideas sobre ello. Además, porque la representación generalmente se radica en un órgano, o en la designación expresa de socios administradores, el estatuto.

Sucede que al tiempo que dicha ocurrencia es debidamente publicada por exigencia de la ley (art. 3° de la Ley N° 3918, art. 354 del Código de Comercio) en

²⁵ Ribstein, Larry E. (2007-2008): “An Analysis of The Revisited Uniform Liability Company Act”, en *Illinois Law and Economics Research Papers Series*. N° LE07-027

²⁶ Rutledge, Thomas E. (2004-2005) “The Lost Distinction Between Agency and Decisional Authority: Unfortunate Consequences of the Member-Managed versus Manager-Managed Distinction in the Limited Liability Company”, en *Kentucky Law Journal*. Vol. 93, N° 3

²⁷ “However these statutes were atypical”, Rutledge, Thomas E. (2004-2005): p. 743

²⁸ Para el estudio del punto en algunas legislaciones estatales norteamericanas: Rutledge, Thomas E. (2004-2005): p. 744

la “SpA” no acaece tal cuestión, en tanto el art. 426 del Código de Comercio no exige que se haga una expresa indicación al “régimen de administración” social en la publicación y registro del extracto. Modelo parecido al de la S.A. (art. 5° de la Ley N° 18.046), pero con una sustancial diferencia, ya que, en dicho caso, el sistema de gobierno es único: un directorio de miembros esencialmente revocables. Como en la “SpA” no sucede lo mismo, pues pueden adoptarse –inclusive– formas de organización propias de las sociedades colectivas, la no exigencia de la referencia a la administración en el extracto pudiera acarrear problemas que en el derecho norteamericano se suscitan con intensidad.

Ahora bien, la “*Revised Uniform Limited Liability Company Act*” (“RULLCA”) promulgada por la “*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*” (“NCCUSL”) abordando esa problemática destacada muy brevemente, mantuvo el sistema de elección de administración por *default*, eliminando la posibilidad de que los miembros e incluso los administradores obliguen por defecto a la sociedad²⁹ Lo destacable –para nuestra experiencia– estriba en la posibilidad de aquilatar formas de administración supletorias para los distintos tipos de “SpA”, según sea su estructura de capital y negocios a los que se dedica. Probablemente sea conveniente –de “*lege ferenda*”– que en la pronta reforma al Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas que haría aplicable sus disposiciones a la “SpA”, según se ha anunciado, respetando los deseos de libertad contractual diseminados por las reglas constitutivas del Párrafo 8°, se contenga una serie o listado³⁰ de opciones modélicas de estructura de gobierno social a las que la parte, o partes, puedan acogerse con expresa indicación –de ella– en el estatuto.

Como reflexión final, si es que el legislador no ha detallado la forma o régimen de administración, y entrega esta responsabilidad a las partes, teniendo presente que esa definición es un elemento esencial del contrato, puede afirmarse sin temor a equívocos que una vuelta de tuerca³¹ se ha dado en materia organizacional en el derecho societario chileno. Veremos cómo se corresponde ello en otras materias.

Convenios y libertad contractual, ¿pueden regularse cuestiones del “régimen de administración” de la “SpA” vía pactos?

La pregunta está dirigida a dilucidar si la expresión “y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en éste Párrafo, podrán establecerse libremente” puede o no ser indicativa de la posibilidad de que los accionistas determinen mediante “sindicatos o pactos de accionistas”³² el régimen o el contenido mismo del ac-

²⁹ “Members and managers have no statutory default agency power to bind the LLC”. Ribstein, Larry E. (2007- 2008): p. 59.

³⁰ Rutledge, Thomas E. (2004-2005): p. 758.

³¹ Utilizando la expresión que invoca para la S.A. el profesor Alcalde R.

³² Alcalde R, Enrique (2007) p. 89.

cionar del gobierno societario. ALCALDE R. manifiesta que: “entre los diversos instrumentos legales que permiten establecer normas relativas al gobierno de la compañía, articulando de este modo los distintos intereses que posean sus socios, están los pactos de accionistas”³³, y agrega sobre el punto que “los motivos que inducen a estipular este tipo de contratos pueden obedecer a múltiples propósitos”³⁴, por lo que pareciera que la debida interpretación que sujeta sólo a la observancia de las normas del Párrafo 8°, el uso de los pactos o sindicatos, bien podría equivaler a que es posible dotar de contenido al mínimo común denominador que es la cláusula esencial del contrato acerca del “régimen de administración” a que hacen alusión los arts. 424 y 425 ya antes citados.

La disyuntiva, por supuesto, se centra en desentrañar qué es aquello que puede colmar –contractualmente hablando– a lo que la ley designa como “régimen de administración” concretamente. Sí el legislador, premunido de herramientas como la “SpA”, que partiendo de un acervo inicial: estimular el capital de riesgo, piensa o supone que el tipo societario debe revestir características de flexibilidad; tomando en consideración lo que ya hemos afirmado, esto es, que no hay un sistema de administración diseñado por el Código, se hace preciso aseverar que lo bastante –repetimos la alusión contractual– es asignar una “forma” u “órgano” de administración, cualquiera éste sea, con las prevenciones que ya formulamos. Cualquier otra hipótesis significa entrometerse en lo que el legislador ha pretendido: que campee la libertad contractual. Dicho en otras palabras, las partes reducen sus costos de transacción al emprender de manera conjunta, partiendo sobre la premisa de que estos costos existen al momento del diagnóstico que hace el empresario en términos de acometer su actividad de manera individual. Porque si no fuere rentable emprender asociado, el interés de hacerlo individualmente se impone por mera agencia del principio de costo-beneficio, de lo cual se sigue que la ley establece sólo prescripciones por “default” a que pueden someterse las partes, dejando en la atribución libre y soberana de sus manifestaciones el crear o modificar nuevas normas de conductas relativas a la administración, con los básicos “estándares” que debe proveer –necesariamente– el derecho corporativo o societario³⁵.

Ahora bien, siendo fiel al texto expreso y frío de la ley: “y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en éste Párrafo, podrán establecerse libremente”, habrá que decir que el legislador de la “SpA” previó una serie de disposiciones relativas

³³ Alcalde R, Enrique (2007) p. 89.

³⁴ Alcalde R, Enrique (2007) p. 89.

³⁵ “Se entiende que las partes intervinientes en la búsqueda de maximizar su utilidad personal, avanzarán contractualmente hasta dotar de una adecuada estructura normativa al ente social. Empero, la negociación entre los partícipes presenta importantes costos de transacción, los cuales se reducen notoriamente con la primordial actividad del legislador de ofrecer a las partes un modelo estándar de relaciones intrasocietarias que aminora los costos que supondría una negociación individual en cada caso, empero, permitiendo que sean modificadas libremente tales reglas cuando no se adecuen a las particularidades queridas por los interesados”. Bernet P., Manuel A. (2004), “El gobierno de las sociedades abiertas”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Austral de Chile), Vol. 16, p. 36

al “control social” a que las partes pueden acudir cuando en la realidad se den los presupuestos necesarios de dispersión de capital –y claramente para cautelar la posición de minoritarios–, como los que intuye el art. 435 al decir que “El estatuto social podrá establecer porcentajes o montos mínimos de control del capital social que podrá ser controlado por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de existir tales normas, el estatuto deberá contener disposiciones que regulen los efectos y establezcan las obligaciones o limitaciones que nazcan para los accionistas que quebranten dichos límites, según sea el caso. En su defecto, dichas estipulaciones se tendrán por no escritas”. Como el Código no se refiere a lo que es el “control social” en la “SpA” recurrimos a la doctrina especializada, sobre el asunto descrito en la S.A. Teniendo presente que la ley no entrega un concepto de “control”, mas sí de “controlador”, determinando que “el concepto de control siempre se construye en base a la propiedad de las acciones”³⁶, para arribar –finalmente– a que “el control de la sociedad anónima es la facultad de tomar las decisiones estratégicas de la empresa”³⁷, ¿cómo ha de entenderse ese “control social” en la “SpA”? En efecto, como son propias –a nuestro juicio– las disquisiciones acerca de los diferentes tipos de control que nacen a propósito de la Ley de Mercado de Valores (N° 18.045)³⁸ en la medida que se haga oferta pública de títulos, lo natural y obvio será comprender que esta norma se la interprete –en todo caso– como meramente supletoria de la voluntad de las partes, pues de no referirse al funcionamiento de ellas, no resulta plausible construir limitación alguna. Corrobora este aserto la disposición del art. 444 que prescribe: “salvo que el estatuto disponga lo contrario, la sociedad no se disolverá por reunirse todas las acciones en un mismo accionista”. Si un accionista deviene en controlador total, y por no existir norma de “control social” que lo “sancione” o disponga la “disolución” en la remisión que cabe hacer al art. 103 N° 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, ¿es posible sostener que se infringe norma alguna? Evidentemente la respuesta es negativa. Como –y en el sentido indicado–, “asimismo, se ha permitido a los accionistas establecer cláusulas estatutarias por medio de las cuales se pueda exigir la venta de acciones”³⁹.

Responsabilidad y fiscalización de la administración

El único pasaje del Párrafo 8° en el que se invoca alguna norma de responsabilidad, se contiene en el art. 431 al señalar que: “*los administradores y el gerente general de la sociedad serán solidariamente responsables de los perjuicios que causaren a accionistas y a terceros con ocasión de la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro a que se refiere este artículo*”. Aquella es la misma disposición que se consulta en el art. 135 de la Ley de Sociedades

³⁶ Pfeffer U., Francisco J. (2005) p. 511.

³⁷ Pfeffer U., Francisco J. (2005) p. 511.

³⁸ V. gr., control legal precario, y control legal efectivo.

³⁹ Jara Baader, Andrés (2007) p. 287.

Anónimas acerca del Registro de Accionistas de ese tipo social, y que exclusivamente se refiere sobre aquel instrumento, de manera que si no existe otra norma de responsabilidad, con excepción del art. 429, que limita la responsabilidad de los accionistas al monto de sus aportes, ¿cuál es la responsabilidad a que deben estar sujetos los administradores de una "SpA"?

La pregunta tiene que ver con la decisiva necesidad de dilucidar si las normas de los arts. 41, 42 y 45 (entre otros) de la Ley de Sociedades Anónimas resultan aplicables. Afirmo que la respuesta tiene que vincularse con el sistema de gobierno corporativo que haya adoptado la sociedad, o bien se acuda a normas de responsabilidad expresas como las que consulta el art. 404 del Código de Comercio a propósito de las sociedades colectivas mercantiles, cuyas prohibiciones a los socios construyen un sistema que calificamos como reproducible respecto de la Administración. En ese sentido, ¿los accionistas son soberanos para determinar que régimen de responsabilidad pueden adoptar?, ¿pueden limitar la responsabilidad de los agentes de la administración vía cláusula expresa dispuesta en el pacto social?

Nuestras ideas reposan sobre la base inequívoca de que en la empresa moderna, por la trascendencia que exhibe para el funcionamiento económico, se deben establecer "ex ante" los modelos preventivos de conductas lesivas para su funcionamiento, por medio de mandatos, ya sea impuestos por ley, o por cláusulas sociales, que contengan los deberes a los cuales tengan que sujetarse los administradores. Para aquello es imprescindible tener presente los estilos de responsabilidad societaria que describe el derecho societario chileno.

Como afirma Barros B., "el régimen legal de las sociedades colectivas establece indiferenciadamente para los socios y administradores deberes generales de cuidado característicos de una relación que es al menos análoga al mandato, así como límites a las actuaciones en que el interés del socio se superpone al de la sociedad"⁴⁰. Pero agrega respecto de las sociedades de capital, como es la "SpA", "(en ellas) las relaciones fiduciarias *entre los accionistas* son sustancialmente menos intensas que en las sociedades colectivas. Ello se manifiesta, por ejemplo, en que ninguna prohibición limita el derecho del accionista a desarrollar separadamente negocios del giro social". En contrario, Díaz es de la opinión que las prohibiciones de explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad expuesta en el art. 404 N° 4 del Código de Comercio deberían extenderse a la S.A. y que hay fundamento para ello en la ventaja que traería para la disminución de los *conflictos de intereses* que puedan producirse respecto de los administradores de una S.A., el que se amplíe aquella limitación⁴¹.

⁴⁰ Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile), p. 815.

⁴¹ Díaz Tolosa, Regina I, "Deber de los administradores de in competir con la sociedad anónima que administran", (2007): en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. XX, N° 1, p. 101.

Como la “SpA” está en el camino intermedio, en el híbrido entre una SRL y una S.A.C., según afirmamos, la manera para determinar de qué responden los administradores estará forzosamente ligada a las cláusulas expresas del pacto, y las supletorias que resulten aplicables conforme su naturaleza. Fundamentado en ello, nos pronunciamos sobre la base de que las normas de responsabilidad de la S.A. deben emplearse, sobre todo en lo que dice relación con los deberes jurídicos a que tendrán que someterse los administradores; la ventaja es que las partes pueden hacer más laxos aquellos deberes, pues nada impide llegar a esa conclusión., en el marco de libertad contractual que expresamos. Por supuesto –y además–, el estándar del “buen hombre de negocios” que describe el art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas es muy útil, y nos sirve para delinear cuál es la norma de responsabilidad que les podría resultar aplicable a los administradores de la “SpA”. Esta regla toma la base del “buen padre de familia” del Derecho Civil, pero –evidentemente– tiene en consideración “el riesgo agravado” que se encuentra ínsito en la actividad comercial⁴².

Así, respecto de las obligaciones que en una sociedad de capital los administradores deben observar, se ha dicho –casi universalmente– que estas son: el “deber de diligencia” y el “deber de lealtad”. Después de todo, sea cual fuere el sistema de gobierno corporativo adoptado, los deberes de cuidado, de lealtad y de rendición de cuentas e información propios de las sociedades anónimas también son subsumibles en las relaciones entre administradores, y socios de una sociedad de personas⁴³.

Con respecto al “deber de diligencia”, presuponemos entendido que no procura la satisfacción de una “obligación de resultado”, pues son los accionistas los que deberán soportar las consecuencias patrimoniales de la gestión social. Así “si bien se les puede (a los administradores) reclamar éxito en su gestión, jurídicamente el éxito o fracaso no son parámetros de conducta”⁴⁴.

En cuanto al “deber de lealtad”, destacamos la norma del art. 404 N° 4 del Código de Comercio a propósito de la sociedad colectiva mercantil, como expresión de una rigurosa disposición puesta en servicio de la idea que en las relaciones de propiedad-administración en una sociedad de personas, en la medida que los socios tomen por sí el ejercicio de la administración, en más delicada posición colocan a los que detentan intereses minoritarios. Habida cuenta que no les resultan aplicables las normas de fiscalización externa con que cuentan –por ejemplo– las sociedades anónimas abiertas, cuya transacción bursátil, y la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, más la interna que realizan las Juntas de Accionistas y los Auditores Externos

⁴² Dobson, Juan Ignacio (2010): p. 97.

⁴³ Barros Bourie, Enrique (2006): p. 815.

⁴⁴ Dobson, Juan Ignacio (2010): p. 97.

Independientes, brindan un panorama de auscultamiento poderoso para los intereses minoritarios. ¿Dependiendo de la estructura de la propiedad de la "SpA" resultarán de por sí aplicables algunas de estas instituciones? ¿Cómo determinar cuando una "SpA" debe adoptar normas menos rigurosas, o flexibles, de responsabilidad, y cuándo replicar los criterios de fiscalización? La respuesta parece ser más pacífica en cuanto a la responsabilidad. Hay criterios comunes al respecto, en la legislación societaria chilena. Cosa que no sucede en lo que respecta a la fiscalización de la Administración. Propongo un ejemplo: si una "SpA" constituida por al menos 400 accionistas tuviese como órgano de administración a un Comité o Directorio de los miembros que representan la mayoría accionaria. Si a eso le agregamos que conforme el art. 437 pueden establecerse series de acciones preferentes en el estatuto, con derecho a voto múltiple, lo que recrudece la concentración de propiedad en pocas manos; imagínese a aquellos que controlan la administración, y previendo que la ley en ningún momento les exige a los fundadores crear un sistema de "fiscalización de la administración", ¿en que situación quedan los minoritarios para examinar el funcionamiento de la gestión social? Probablemente una forma de solución esté otorgada por la reforma que la Ley N° 20.382 hizo respecto del art. 51 de la Ley de Sociedades Anónimas, al eximir a la sociedad (anónima cerrada) de la exigencia de nombrar "Inspectores de Cuenta", o más importante aún: "establecer un mecanismo diverso de control", porque ello evidencia que si respecto de la S.A.C. el estándar disminuye, no sería posible incrementarlo respecto de la "SpA", y como se ha anunciado recientemente por la autoridad una reforma al Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas, con el objetivo –en lo que nos interesa– de introducir normas aplicables a la "SpA", probablemente estas situaciones de hecho tengan algún método más uniforme de solución. De otra forma, el recurso del arbitraje –ante una diferencia económica-financiera– que estatuye el art. 441 no parece ser la manera más eficiente de producir la transparencia y el control de la administración en una "SpA" de talante casi parecido al de una S.A. como la propuesta en el ejemplo. Lo último para el intérprete: ¿puede considerarse que en la frase "régimen de administración" que como cláusula mínima contienen los arts. 424 y 425 deba –necesariamente– entenderse que se incluye un sistema de fiscalización de la administración? Consideramos que no; que debe operar la selección natural que realiza el mercado. Que ante una "SpA" como la descrita precedentemente, la natural conducta del inversor será verificar con un mínimo cuidado si existen las instituciones y mecanismos sociales que cautelen los intereses de todos. Máxime si se tiene presente que el art. 446 demanda que en el traspaso de las acciones debe 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", es decir, la propia ley se coloca en la hipótesis de que no haya protecciones a los "intereses de los accionistas". No es aquello sino manifestación expresa de libertad contractual.

La frase “sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza” como prevención a la supletoriedad de las normas de la S.A.C.

Para concluir armónicamente esta exposición de ideas, queda como norma de clausura la disposición del art. 424 inc. 2° del Código de Comercio, que indica que a falta de regla estatutaria, y de disposiciones del Párrafo 8°, la “SpA” *“se regirá supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, con las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas”*. ¿Qué significado debe dársele a la expresión “naturaleza”? Según el Diccionario de la Real Academia Española, tal vocablo –en las acepciones que nos importan– representa: “(la) esencia y propiedad característica de cada ser” y “(la) virtud, calidad o propiedad de las cosas”. Es decir, el intérprete debe escudriñar qué es la “SpA” para determinar su naturaleza. Por tanto, no es baladí, ni una declaración romántica que el operador jurídico deba obviar al momento de aplicar supletoriamente las normas de la “S.A.C.” a una “SpA”. Si ha de ser riguroso, primero tiene que preguntarse si la apelación a la “naturaleza” es en “abstracto” o “en concreto”. Me explico: si han de existir “propiedades naturales” a toda “SpA”, y la respuesta es sí: se trata de un contrato, o un tipo de contrato de sociedad de capital, de constitución, administración y fiscalización flexibles, y donde prima con especial énfasis la autonomía de la voluntad. Y si en cada “SpA” las particularidades propias de ellas, léase: sistema de administración adoptado, nivel de atomicidad de la propiedad, normas de control, la hacen más o menos parecida a una “S.A.C.”. Si las respuestas de los operadores saltan esas reflexiones, cualquier supletoriedad planteada sin más corresponderá a una *“falsa aplicación de la ley”*.

Por lo pronto, esta norma nos auxiliará, como de hecho hemos venido insinuándolo a través de estas páginas al abordar los tópicos planteados, para inclinar la balanza a la metáfora o símil más exacto de una “SpA”. Bien sea a una sociedad de capital como la “S.A.C.”, cuyas normas por reenvío expreso de la ley resultan aplicables, o si aquellas contravienen la naturaleza, a las demás disposiciones tanto de la sociedad colectiva mercantil (aplicación del art. 22 inciso 1° del Código Civil) como las de la sociedad colectiva civil, en cuyo caso utilizamos la herramienta del art. 2° del Código de Comercio, que nos traslada al Código Civil para buscar la solución de los problemas que nos presenta el Código del ramo (de Comercio).

Conclusiones

La Ley N° 20.190, que introdujo la “SpA”, fue revitalizadora del espacio de libertad contractual en el derecho societario chileno, sobre todo en lo que respecta a su administración, en tanto que ni siquiera configuró un sistema o régimen por “default” a que deban acudir las partes, o la persona que constituya su empresa por medio de este vehículo jurídico.

Que las partes –asimismo– son libres para estipular los pactos complementarios que regulen tanto sus derechos como otras cuestiones que siendo propias de la administración no sean reservadas expresamente a las formas que el mismo Código establece, o que resultando comunes a las disposiciones del derecho societario chileno, deban replicarse en la “SpA” en particular de que se trate.

Bibliografía

Libros

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2007): *La Sociedad Anónima*, (Editorial Jurídica de Chile).
BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, (Editorial Jurídica de Chile).

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2005): *Instituciones de Derecho Comercial* (Editorial Lexis Nexis) Tomo I.

COOTER, Robert, y ULEN, Thomas (2008): *Derecho y Economía*, (Editorial del Fondo de Cultura Económica, México) traducción de Eduardo L. Suárez.

DOBSON, Juan Ignacio (2010): *Interés Societario* (Buenos Aires, Editorial Astrea)

PUELMA ACCORSI, Álvaro (2009): *Sociedades* (Editorial Jurídica de Chile), 3ª edición, Tomos I y II.

Artículos de revistas

BACON, Leigh A. (2001): “Freedom of’ or ‘Freedom from’? The Enforceability of Contracts and the Integrity of the LLC”, en *Duke Law Journal*, Vol. 50, N° 4. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=270235> or doi:10.2139/ssrn.270235

BEBCHUK, Lucian A (1989): “The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law”, en *Columbia Law Review*, Vol. 89, pp. 1395–1415, 1989; Harvard Law and Economics Discussion Paper N° 63. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=552729>

BERNET P., Manuel A. (2004): “El gobierno de las sociedades abiertas”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Austral de Chile), Vol. 16, pp. 33–57.

COCHRANE, John (2005): “The Risk and Return of Venture Capital Market”, en *Journal of Financial Economics*, Vol. 75, Issue 1, pp. 3–52. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501570

DÍAZ TOLOSA, Regina I., “Deber de los administradores de in competir con la sociedad anónima que administran” (2007): en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. XX, N° 1, pp. 85–106.

GREENFIELD, Kent (2000): “From Metaphor to Reality in Corporate Law”, en *Stanford Agora*, Vol. 2, 2000. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=254117>.

JARA BAADER, Andrés (2007): *"Sociedades por Acciones, Ley 20.190: Publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de junio de 2007"*, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Vol. 34, N° 2, pp. 251–288.

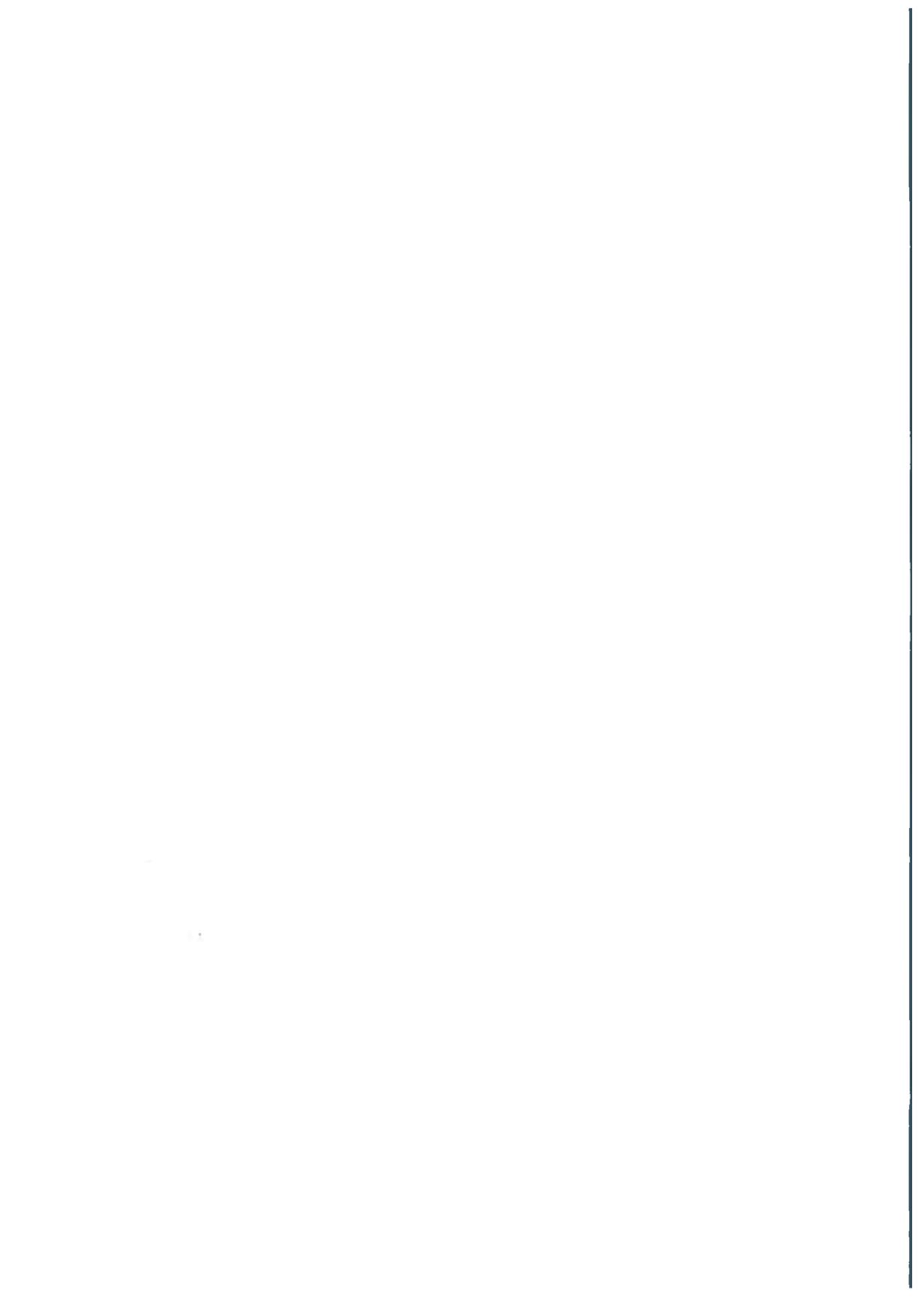
PFEFFER URQUIAGA, Francisco J. (2005): *"El Concepto de Control Societario, la Administración de la Sociedad Anónima, los Conflictos de Interés y la Potestad Punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el Contexto del Denominado "Caso Chispas" "*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, pp. 501–537.

RIBSTEIN, Larry E. (2007-2008): *"An Analysis of The Revisited Uniform Liability Company Act"*, en *Illinois Law and Economics Research Papers Series*, Vol. 3, N° 3. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1003805>.

RUTLEDGE, Thomas E. (2004-2005): *"The Lost Distinction Between Agency and Decisional Authority: Unfortunate Consequences of the Member-Managed versus Manager-Managed Distinction in the Limited Liability Company"*, en *Kentucky Law Journal*. Vol. 93, N° 3. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1022327>.

SARROCA POBLETE, José Miguel (2010): *"Las Sociedades por Acciones SpA"*, en *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), N° 21, enero de 2010, pp. 515–532.

TRANTIS, George (2001): *"Financial Contract Design in the World of Venture Capital"*, en *University of Chicago Law Review*, Vol. 68. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258392.



¿Es constitucional la norma del inciso 2° del artículo 182 del Código Civil chileno, que impide impugnar la filiación determinada del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o reclamar una filiación distinta?

Hugo Rosende Álvarez

Director del Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo aborda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la amplia admisibilidad de los medios de prueba en los juicios de filiación y la constitucionalidad de la sanción impuesta por la ley ante la negativa injustificada a someterse a una pericia biológica de paternidad o maternidad. Asimismo, se aborda la inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, que restringe el ejercicio de acciones filiativas respecto de los herederos del padre o madre fallecido. Por último, tomando en cuenta los criterios jurisprudenciales y la evolución doctrinaria en materia de acciones de filiación, sostiene la inconstitucionalidad del artículo 182 del Código Civil, que impide al hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida interponer las acciones de impugnación o de reclamación para establecer su verdadera identidad.

Se ha planteado en nuestro medio forense y en la doctrina un debate acerca de la constitucionalidad de las normas que regulan la prueba de la filiación y sobre la posibilidad de demandar ampliamente a los herederos de los progenitores fallecidos para los fines de reclamar la respectiva paternidad o maternidad. Incluso se objeta la constitucionalidad de las normas del Código Civil que contemplan la caducidad de la acción de impugnación de la filiación, con especial referencia a la presunción de paternidad matrimonial.

La discusión se ha centrado básicamente en la colisión de dos derechos: por una parte, el derecho del hijo a conocer la propia identidad, considerado como un derecho humano fundamental, y por la otra, el derecho a la honra y a la intimidad, a fin de evitar invasiones no deseadas a esta esfera de la vida privada, la cual se encuentra amparada por la Carta Política.

No habría sido posible efectuar este estudio sin la valiosa colaboración de doña Pilar Arellano Gómez, abogada asistente del Tribunal Constitucional, y de la señorita María Isabel Warnier Readí, ayudante de la cátedra de derecho civil del profesor Ambrosio Rodríguez Quirós, a quienes expreso mi profundo agradecimiento por el apoyo y generosidad brindados. Sus aportes hacen de este artículo un esfuerzo mancomunado que responde a uno de los objetivos de la enseñanza de esta casa de estudios superiores: el trabajo en equipo.

La imposibilidad legal de modificar la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida.

La Ley 19.585 de 1998, que derogó las normas del Título VII del Libro I del Código Civil y las reemplazó por otras nuevas, introdujo el artículo 182, que dispone:

“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.”

“No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta “.

El precepto legal transcrito plantea una cuestión de inconstitucionalidad frente a la garantía de igualdad ante la ley y del derecho de toda persona a no ser discriminada arbitrariamente, que la Constitución Política asegura a todas las personas (art. 19, N° 2).

Situación de los hijos frente a las acciones de filiación.

Los hijos de filiación determinada por naturaleza, sean éstos de filiación matrimonial o no matrimonial, están amparados por las acciones filiativas de reclamación (arts. 204 y ss. del C.C.), o de impugnación (arts. 211 y ss. del C.C.), o de ambas (art. 208 del C.C.).

Sin embargo, el hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida carece de acción para impugnar la filiación determinada por la ley en este caso o de reclamar una distinta. Rige pues en esta materia una verdadera presunción de derecho en orden a que el padre y la madre de aquel hijo son el hombre y la mujer que se sometieron a las técnicas de reproducción humana asistida.

El distinto tratamiento que la ley da a los hijos de filiación por naturaleza ¿representa una discriminación arbitraria en perjuicio de aquellos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida?

Los principios que rigen el nuevo estatuto de la filiación, contemplados en la Ley 19.585 de 1998 y sus modificaciones posteriores.

Los principios inspiradores del nuevo estatuto de la filiación son:

1. La igualdad de los hijos cuya filiación esté determinada. El artículo 33 del Código Civil establece: "Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos"¹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 establece en su artículo 24: "Igualdad ante la ley". Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

De lo expuesto se infiere que las reglas del Título VII del libro I del Código Civil deben aplicarse en iguales condiciones a todos los hijos de filiación determinada. Ello representa el verdadero sentido y alcance del artículo 33 del Código Civil y de lo establecido en el artículo 5° y numeral 2 del artículo 19, ambos de la Carta Política, así como del artículo 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

2. La prevalencia del interés superior del hijo. Diversos preceptos del Código Civil incorporados por la ley N° 19.585 recogen este principio. De acuerdo al criterio recién indicado, el niño aparece como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres².

La proyección del interés superior del hijo se advierte en el inciso 2° del artículo 242 del Código Civil, relativo a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, que establece: "En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez".

¹ Artículo agregado por el artículo 1°, N° 6 de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, el que a su vez derogó el anterior artículo 33.

² Veloso Valenzuela, Paulina, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo Estatuto de Filiación", en el libro *Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*, p. 28, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Igualmente, se manifiesta en el derecho a mantener una relación directa y regular con la persona que no lo tiene bajo su cuidado, pues ésta se puede restringir o suspender cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo (artículo 229, inc. 2°, del C.C.). También se aprecia en la facultad de los padres de corregir a los hijos, pues ella tiene como limitación todo cuanto menoscabe su salud o el desarrollo personal de los hijos (art. 234 del C.C.). Lo propio acontece en el discernimiento de la patria potestad por el juez (arts. 244 y 245 del C.C.).

En resumen, se subraya la idea que se tiene del menor como sujeto de derecho, como persona digna de respeto y consideración, a la cual se le reconocen sus derechos y su autonomía futura.

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad mediante la libre investigación de la paternidad y la maternidad.

Este principio está tomado de la Convención de Derechos del Niño (artículos 7 y 8)³ y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 18)⁴. Se reconoce el derecho de toda persona a saber cuál es su origen, lo cual comprende el derecho a conocer quiénes son sus padres.

El derecho a conocer la propia identidad implica –en materia de filiación– hacer prevalecer la verdad biológica por sobre la verdad formal o sociológica. De acuerdo con el principio que se examina, en las acciones de filiación, se expresa: “La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad” (artículo 195).

En armonía con lo recién dicho, el artículo 198 del Código Civil dispone: “...la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte”. Por su parte, el artículo 199 del C.C. se ocupa de las pruebas periciales de carácter biológico.

³ Art. 7°. 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derechos desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida

Art. 8°. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

⁴ Esta convención, también denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, dispone en su artículo 18 “Derecho al nombre”. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos mediante nombres supuestos si fuere necesario.

Desde la óptica de las acciones de estado –de reclamación o de impugnación o de ambas– se ve que en ellas se privilegia la verdad biológica. Por la razón anotada, el derecho de reclamar la verdadera filiación es imprescriptible e irrenunciable (artículo 195 inciso 2° C.C.).

Con el propósito de establecer la verdadera identidad, se admiten todas las pruebas, especialmente de carácter biológico.

Desde el punto de vista de que se trata, alcanza especial significación la negativa a someterse al peritaje biológico. El inciso 4° del artículo 199 en su texto vigente, incorporado por la Ley 20.030, dispone que “La negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda”.

El derecho a conocer la propia identidad encuentra excepciones en los casos que siguen: a) cuando la ley hace prevalecer la posesión notoria del estado civil versus la verdad biológica. Con todo, el juez puede preferir esta última en función de la conveniencia del hijo (artículo 201 del Código Civil); y b) tratándose de las técnicas de reproducción humana asistida, en las cuales se prefiere la verdad formal (art. 182 del Código Civil).

La igualdad ante la ley.

1. Las Bases de la Institucionalidad establecen que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1° inciso 1° de la Constitución). A su vez, el inciso 2° del art. 5° de la Carta Fundamental establece: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

2. El artículo 19 N° 2° de la Constitución Política asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

3. El Tribunal Constitucional afirma que la igualdad ante la ley “se traduce, entre otras expresiones, en los caracteres de generalidad y abstracción característicos de este tipo de normas, lo cual supone que todos los gobernados son destinatarios de ellas”. Agrega que “en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad “en la ley”, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto

de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria”⁵.

4. La igual protección en el ejercicio de los derechos se traduce, fundamentalmente, en que “todos quienes deban recurrir ante cualquier autoridad, incluyendo a los tribunales, de cualquier naturaleza, para la protección de sus derechos, se encuentren en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o fueros especiales en razón de nacionalidad, raza, sexo, condición social o situación económica y sin que sean admisibles discriminaciones arbitrarias, es decir, odiosas, injustas o irracionales”⁶.

5. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, “arbitrario” es adjetivo que significa “que depende del arbitrio”, “que procede con arbitrariedad”, “que incluye arbitrariedad”. Por su parte “arbitrio” es, entre otras acepciones, “voluntad no gobernada por la razón, sino por el mero capricho”, y “arbitrariedad” es “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la sola voluntad o el capricho”.

Silva Bascuñán explica que el acto es arbitrario cuando deriva de la libre e irrestricta voluntad o capricho de quien lo realiza y que carece de todo fundamento razonable⁷. Ahondando en esta materia, expresa que habrá discriminación o diferencia arbitraria cuando ésta carezca de fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental e inconcusa, basada en el simple capricho del legislador⁸.

Sobre el particular, la Corte Suprema ha fallado que “la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional”⁹.

⁵ Sentencia rol N° 986-2007, de 30 de enero de 2008, considerandos 29° y 30°, y sentencia rol N° 834-07-INA, de 13 de mayo de 2008, considerando 9°.

⁶ Enrique Evans de la Cuadra. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p.140. Citado en el considerando 10° de la sentencia de 13 de mayo de 2008. Rol 834-07-INA.

⁷ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, p. 123, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

⁸ *Ibíd.*, p. 124.

⁹ R.D.J., Tomo LXXXV, 1988, sec. 5ª, p. 97.

6. El mensaje del Ejecutivo con el que fue enviado al Congreso el proyecto de ley que más tarde se transformó en la Ley 19.585, de 1998, señalaba, como fundamentos¹⁰ de la iniciativa, que: "El proyecto persigue como objetivo dar concreción legal a los principios constitucionales que reconocen y aseguran la plena igualdad de todas las personas ante la ley y prohíben, consecuentemente, el establecimiento de diferencias arbitrarias, ni por ley ni por autoridad alguna".

Criticando las discriminaciones de la legislación anterior a la Ley 19.585, el mensaje presidencial afirmaba que ellas son contrarias a los principios contenidos en diversas Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, de las que Chile es parte.

Cita al efecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 26 establece: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, **la ley prohibirá toda discriminación** y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación **por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento** o cualquier otra condición social".

Se refiere también a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", que dispone "Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derechos, sin discriminación, a igual protección de la ley" (art. 24).

7. Entre las ideas matrices o fundamentales del proyecto se encuentran: la de dar concreción legal a los principios constitucionales que reconocen y aseguran la plena igualdad de todas las personas ante la ley y prohíben, consecuentemente, el establecimiento de diferencias arbitrarias, ni por la ley ni por autoridad alguna, y la de consagrar el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, permitiendo al hijo el ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, apoyada por toda la gama de pruebas que admite la ley, incluidas las biológicas¹¹.

8. El propósito antes mencionado se alteró sustancialmente al agregarse el nuevo artículo 182 del C.C. al proyecto de ley en el Congreso Nacional, precepto que no estaba contemplado en el mensaje del Ejecutivo. Esta nueva disposición impide al hijo nacido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida impugnar la filiación determinada de acuerdo con

¹⁰ www.bibliotecacongresonacional.cl Historia de la ley 19.585, Primer Informe de la Comisión de Constitución, p. 47.

¹¹ *Ibid.*, p. 48,

esa norma o de reclamar una distinta. La incorporación de este precepto crea una discriminación flagrante en contra de estos hijos.

La justificación dada para el nuevo artículo 182 fue la siguiente: "Se encuentra pendiente para nuevo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Salud el proyecto de ley que regula los principios jurídicos y técnicos de la reproducción humana asistida (Boletín N° 1026-07). En esa medida, la Comisión siguió siendo partidaria de la conveniencia de establecer, dentro de las reglas generales del Código Civil sobre filiación, los efectos filiativos a que dan origen las técnicas de reproducción humana asistida. Pero, con el objeto de no anticipar pronunciamiento alguno sobre la regulación sustantiva de los distintos temas asociados a dichas técnicas, que corresponderá realizar en ese otro proyecto de ley, en particular sobre la aceptación o prohibición del uso de gametos de donantes, y el eventual derecho de la persona así concebida para conocer su progenitura biológica, optó por eliminar el inciso tercero, que, por lo demás, era un simple corolario de las reglas precedentes"¹².

Cabe tener presente que el proyecto de reproducción humana asistida a que hace referencia el informe complementario de la Comisión de Constitución en la tramitación de la Ley 19.585, se encuentra archivado¹³.

Interés superior del hijo

La Convención sobre los Derechos del Niño señala que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad (art. 1°). Esta misma convención establece "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3, N° 1).

Este principio no es respetado por el artículo 182 del Código Civil.

Derecho a la identidad

1. La Convención sobre los Derechos del Niño prescribe: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (art. 8, 1.).

¹² *Ibíd.*, pp. 1015 y 1016.

¹³ El proyecto de ley "Sobre reproducción humana asistida" fue producto de una moción del senador Mariano Ruiz-Esquide Jara, de 18 de julio de 2006. El proyecto fue archivado por la Comisión de Salud del Senado el 20 de agosto de 2008 por haber transcurrido dos años sin pronunciamiento de la Comisión, en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 bis del Reglamento del Senado.

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica establece el “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario” (art. 18).

Este pacto de San José de Costa Rica dispone, además, la “**Protección Judicial.**”

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos de violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados Partes se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) A desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El derecho al acceso a la justicia reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es respetado por el artículo 182 del C.C. y contraviene el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

1. Los atributos de la personalidad resguardados por el derecho a la identidad son el nombre, la nacionalidad, el origen de la persona, las relaciones de familia (que comprenden el cuidado personal del hijo, patria potestad, la educación y la formación del hijo), y los derechos patrimoniales de familia, tales como el derecho de alimentos y los derechos sucesorios. Dichos atributos no pueden reclamarse por el hijo en contra de su verdadero padre o madre por impedirselo el artículo 182 del Código Civil.

2. Medios de prueba. La ley N° 19.585 de 1998, modificada por la N° 20.030 de 2005, regula la prueba en los juicios de reclamación de filiación en los artículos 197 a 201 del Código Civil.

Un buen resumen de esta materia hace el profesor Ramos Pazos¹⁴.

- a) La regla es que la paternidad o maternidad se puede establecer mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte (art. 198 inc. 1°). Sin embargo, la prueba de testigos por sí sola es insuficiente.

La frase "toda clase de pruebas" que emplea el artículo 198 crea algunas dudas ¿quiere decir cualquier medio de prueba de los aceptados en la ley (arts. 1698 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil) o se ha querido sobrepasar esta lista con los llamados "medios representativos" (¿el filme, la cinta magnetofónica)? Daniel Peñailillo se plantea esta pregunta y la resuelve en el sentido que lo que se ha querido es lo último, puesto que si sólo se tratare de aceptar los medios legales expresamente admitidos (art. 341 del Código de Procedimiento Civil), no habría sido necesaria una declaración legal. Concluye que se debe admitir todo medio que el juez estime idóneo, aun cuando no aparezca en la lista del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

La Ley N° 19.968, que creó los tribunales de familia, pone término a esta discusión al establecer en su artículo 28 que "todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley". Más adelante, en el artículo 54 agrega que "Podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videgrabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe" (inc. 1°), agregando en seguida que "El juez determinará la forma de su incorporación al procedimiento adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo" (inciso 2°). Finalmente, en conformidad al artículo 32 de la Ley N° 19.968, "Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica". En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tan caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo" (inciso 1°). Y el inciso final expresa que "La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

- b) La ley admite las pruebas periciales de carácter biológico. La más conocida es la prueba de ADN (sigla que corresponde al ácido desoxirribonucleico),

¹⁴ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, tomo II, p. 423, sexta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, año 2009.

técnica inventada por los ingleses en el año 1985, que según el decir de los especialistas, tiene un grado de certeza para excluir la paternidad o maternidad, que alcanza a un 100% y para incluirla oscila entre el 98,36 al 99,999999982%.

La prueba del ADN es la más conocida, pero no la única, pues existen otras como el “análisis de grupos y subgrupos sanguíneos” y “el análisis de antígenos de histocompatibilidad”. La primera tiene un grado de certeza de un 100% para excluir la paternidad o maternidad y de un 60 a un 70% para incluirlas; y en la segunda, la probabilidad de exclusión es del 100% y el valor de inclusión entre el 90 y el 99%.

Estas pruebas de carácter biológico deben practicarse por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos, designados por el tribunal. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial (art. 199).

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.030, no se establecía qué valor tenía este informe de ADN, de donde se concluía que por aplicación del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, debía apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica (así, Corte Suprema 13 de noviembre de 2002). La ley que venimos comentando resolvió el problema al reemplazar el inciso 2° del artículo 199 por el siguiente: “El juez podrá dar a estas pruebas periciales por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o maternidad, o para excluirla”.

Maricruz Gómez de la Torre¹⁵ explica las distintas pruebas biológicas, que divide en el análisis de los grupos sanguíneos, la de antígenos HLA, y la del examen de ADN. Sobre estos aspectos afirma que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia extranjera coinciden en estimar que el resultado de la prueba de ADN es concluyente. Sin embargo, agrega que esta prueba requiere, por su naturaleza, la cooperación del presunto padre o madre para llevarla a cabo y éstos se han resistido a ellas en numerosas ocasiones. Al efecto, han invocado violación de sus derechos de intimidad o privacidad¹⁶ y de la integridad

¹⁵ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, pp. 80 y ss., Editorial Jurídica de Chile, año 2007.

¹⁶ Cita Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 27811, 10-07-2003. Considerando 4°: “El texto definitivo de la ley, en cambio, le otorgó el valor de presunción grave y además permite al juez, si la considera precisa, le otorgue el valor de plena prueba, es decir, que con esta sola presunción grave se pueda determinar la filiación, lo que demuestra que si bien es cierto no alcanza a constituir una presunción de derecho, ya que admite prueba en contrario, no lo es menos que es más que una presunción simplemente legal”.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8.418, 8-03-04. Considerando 3°: “Que, por lo demás, la reforma introducida por la Ley N° 19.585 tiene como finalidad posibilitar que la filiación de una persona pueda ser investigada y establecida y produzca los efectos civiles a que se refiere el artículo 181 del Código Civil, de modo que tal espíritu no puede admitir que la sola voluntad contraria del demandado se yerga sin más en un impedimento a ese derecho”.

física¹⁷, que constituyen garantías constitucionales. Aquí existiría una colisión de derechos entre los presuntos padres, y el derecho de identidad del hijo, que le permita materializar su derecho humano de conocer quién es su padre y de pertenecer a una familia. Ante esta confrontación de derechos, debe darse preeminencia al derecho a la identidad y al interés del hijo¹⁸.

La Ley N° 19.585 estableció que la negativa del presunto padre o madre a someterse a los exámenes pertinentes configura *"una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil"* (artículo 199, inciso 2°, Código Civil). (Se refiere al texto anterior a la ley N° 20.030).

Al respecto, en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado ante la Corte Suprema, el recurrente sostiene que los artículos 198 y 199 del Código Civil, en relación con las pruebas necesarias para acreditar la filiación, la paternidad y maternidad, "son manifiestamente inconstitucionales por violar las normas del artículo 19N° 1 de la Constitución Política de la República, el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 5° de la Convención Americana de los Derechos Humanos".

Agrega el recurrente que de los derechos relativos a la vida e integridad física y psíquica se derivan los derechos personales de disponer del propio cuerpo y de su propio cadáver, y por ello resulta inaceptable que la negativa a ser objeto de un peritaje biológico pueda tener como sanción la de configurar una presunción grave en contra de quien se niega a practicarse el referido examen¹⁹.

La Corte Suprema rechazó el recurso de inaplicabilidad señalando que los artículos 198 y 199 del Código Civil no son contrarios a la Constitución Política de la República. Como fundamento del fallo se señala que de la lectura del artículo 199 puede desprenderse que la negativa del padre o madre para someterse a una prueba de carácter biológico, con las consecuencias probatorias que ello podría causar, no es cualquier negativa, sino que debe ser una negativa injustificada, que además, por sí misma, no ocasiona un perjuicio probatorio definitivo, sino que configura una presunción grave, que por sí sola no acredita el hecho, sino que permite al juez, previa valorización, apreciarla para formar su convencimiento. Agrega que **hay que pensar en los derechos de la criatura que necesita un nombre para identificarse en la vida y para**

¹⁷ Cita Corte Suprema, Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 2.569-2004, 31-03-2006.

¹⁸ Lo señalado se encuentra en el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que "el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

¹⁹ Cita Corte Suprema, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 2.569-2004, 31-03-2006.

requerir auxilio de sus progenitores, derechos que están ampliamente reconocidos en la legislación civil y tratados internacionales aceptados en nuestro país (considerandos 14 y 15).

Por otra parte, la negativa injustificada a someterse a la prueba de carácter biológico fue interpretada de distintas formas por los tribunales, un sector entendió que la sola negativa injustificada del padre a someterse al examen de ADN configuraba una presunción grave en su contra, lo que permitía la determinación de la paternidad o maternidad²⁰. Otro sector, consideró que la negativa injustificada del presunto padre o madre unida con otras pruebas, servirá para acreditar la filiación en contra de la persona que se niega²¹. La reforma incorporada por la Ley 20.030

²⁰ Cita sentencias que consideraban que la sola negativa injustificada a someterse a la prueba tecnológica del ADN constituía una presunción grave en su contra, lo que permitía determinar la filiación; Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 156-2002. Considerando 3°: "En consecuencia, y no habiendo acreditado el requerido que su ausencia obedecía a causa justificada, opera en su contra una presunción, que apreciada en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, atendida su gravedad, precisión, y concordancia con los referidos testimonios, permite a este tribunal formarse pleno convencimiento de que el demandado es padre biológico no matrimonial del individualizado menor".

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 16.357, 22-03-2006. Se ha establecido que el demandado fue citado en varias oportunidades al Servicio Médico Legal, a fin de realizarse el examen de ADN, a las cuales no asistió sin justificar sus inasistencias, por lo que ello constituirá una presunción grave en su contra, a la que se le otorgará plena prueba de la paternidad demandada.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 915-03, 02-01-2003. Acoge la demanda de reclamación, aplicando la presunción grave en contra del demandado por no haberse realizado la prueba de ADN sin justificar.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 14.680-03, 05-12-2003. Considerando 5°: "La presunción en comento está establecida en la ley y es simplemente legal, pero el legislador le dio el carácter de grave, y la razón de darle a una presunción simplemente legal este carácter de grave, a juicio de estos sentenciadores, está en que el legislador otorgó al juez la facultad de que con el solo mérito de ella se acredite la paternidad, si no estaba desvirtuada por prueba en contrario, lo que no ocurre en el caso de autos".

Corte Suprema, Rol N° 4939-03, 11-12-2001. "Considerando 5°: "...los jueces recurridos han incurrido en un error de derecho que es reparable por esta vía, al restringir el alcance de la regla reguladora de la prueba del artículo 426 inciso 2° del CPC, en cuanto estimaron que una presunción, que no se encuentra apoyada por los restantes elementos del proceso, no puede conducir por sí sola a que se acceda a la demanda, en circunstancias que el precepto citado otorga al juez de la instancia la facultad de tener por acreditado un hecho sobre la base de una única presunción, con la sola condición de que revista las calidades de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento".

Corte Suprema, Rol N° 3256-03, 19-01-2004. Considerando 2°: "...que la negativa injustificada a someterse a peritaje biológico, presunción que ya es grave por el solo mandato de la ley, apreciándola de acuerdo al artículo 426 del CPC, tiene precisión suficiente para atribuirle el carácter de plena prueba y unida a aquella que surge de su reconocimiento de haber mantenido relaciones con la actora, hecho básico que sustenta la decisión y que no fue impugnado denunciando infracción a las leyes reguladoras de la prueba que de ser efectivas permiten su modificación, por ende el recurso de casación en el fondo deducido adolece de manifiesta falta de fundamento".

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 10.455-2002, 18-06-2003. Confirma sentencia que establece que la negativa injustificada a someterse a la prueba del ADN constituye una presunción grave de paternidad en su contra, de acuerdo al artículo 199 del Código Civil en relación con el artículo 426 del CPC, presunción que unida a otras pruebas constituyen un conjunto de antecedentes, que convencen al sentenciador en cuanto a que la menor es hija biológica del demandado.

²¹ Cita Corte Suprema, Rol N° 1.999-02, 01-08-2002. Considerando 2°. La Corte Suprema ha señalado que "del análisis de la prueba testifical y documental los jueces del fondo han extraído presunciones judiciales graves precisas y concordantes que les permiten establecer que existió una relación amorosa

puso fin a esta polémica al establecer, en el artículo 199 del Código Civil, que la negativa injustificada del presunto padre o madre a someterse a las pruebas periciales “hará presumir legalmente la paternidad o maternidad, o la ausencia de ella según corresponda” (artículo 199, inciso 2°, Código Civil). Es decir, la negativa injustificada permite que el juez le otorgue valor de plena prueba para determinar la filiación. Se entenderá por negativa injustificada, si citado el demandado dos veces a realizarse el examen no concurre a la realización de éste. “Para este efecto las citaciones deberán efectuarse bajo apercibimiento de aplicarse la presunción señalada en el artículo anterior” (artículo 199, inciso final, Código Civil).

entre las partes a la fecha en que se produjo la concepción del hijo, lo que unido al informe de ADN, el que se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, permite tener por acreditado que el demandado es padre del menor”.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 3.755-01, 20-03-2003. Confirma sentencia del 1° Juzgado Civil de Valparaíso, Rol N° 289-00. Considerando 16°: “Que conforme la existencia de prueba documental y testimonial configuran presunciones graves que tienen el carácter de precisas y concordantes en cuanto establecen la relación de pareja entre la demandante y el demandado durante el período previo al embarazo y nacimiento del menor, como asimismo la posesión notoria de la calidad de hijo respecto del demandado, a estas dos pruebas rendidas se les debe agregar la presunción legal contemplada en el citado artículo 199, inciso segundo, que surge a raíz de la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica del ADN. Esta última presunción tiene el carácter de grave en contra del demandado, y que unida a las otras pruebas, tiene la virtud de constituir plena prueba, el sentenciador ha llegado a la convicción de la calidad de hijo del menor respecto del demandado”.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1.621.2002, 17-06-2003. Confirma sentencia del 1° Juzgado Civil de Angol, Rol N° 47.865. Considerando 9°: “Habiendo sido rechazadas las justificaciones en virtud de las cuales el demandado negó someterse al examen de ADN, debe concluirse que opera en su contra la presunción grave del artículo 199, inciso 2° del Código Civil, la que apreciada en conformidad del artículo 426 del CPC reúne los caracteres de gravedad y precisión suficientes para constituir plena prueba a favor de las pretensiones del demandante, toda vez que ella se encuentra reforzada de otros antecedentes que obran en la causa que permiten llegar a establecer que el demandado es padre del menor”.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 14.419-03, 01-07-2003. “Que la presunción dada por establecida en el considerando 10° de primera instancia, unida a las restantes probanzas rendidas por la demandante en particular documental y testimonial, constituyen a juicio del tribunal una presunción grave, que de conformidad con el artículo 426 del CPC, es suficiente para formar plena convicción en estos sentenciadores que en autos se estableció la paternidad del demandado.

Corte Suprema, Rol N° 145-02, 20-10-2003, Considerandos 4° y 5°: “Que en consecuencia, de acuerdo al inciso 2° del artículo 199 del Código Civil, esta negativa injustificada del demandado a someterse al peritaje biológico configura una presunción grave en su contra. Que dicha presunción, que ya es grave por mandato de la ley, apreciándola de acuerdo al artículo 426 del CPC tiene, a juicio de esta Corte, precisión suficiente para atribuirle el carácter de plena prueba para demostrar que el demandado es el padre biológico del menor demandante... Además de ello, contribuye a formar convicción de prueba completa la declaración de los testigos...”.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1.498-2002. “Respecto a su no concurrencia al examen de ADN decretado como medida para mejor resolver, deberá aplicarse en su contra la presunción grave de paternidad, contenida en el artículo 199 inciso final del Código Civil... Que debiendo apreciar la presunción grave unida a las pruebas rendidas en autos resulta insuficiente para formar convencimiento...”.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 3.075-01, 20-10-2003. Considerando 6°: “Que al respecto debe considerarse la eficacia que para el presente juicio pueden producir las presunciones, que como medio probatorio a partir de un hecho conocido, pueden producir plena prueba, conforme a las normas legales. En tal sentido para que sea válidamente admisible esta prueba de presunciones, es menester que en el expediente se encuentren acreditados, por otros medios de prueba y no por otras presunciones, los hechos que las constituyen, para que de ese modo se consigne, a modo de conclusión... no hay ninguna otra prueba que permita fundar en sí la presunción de paternidad que se reclama, resultando contrario a todo razonamiento de lógica el establecer tal presunción en base únicamente a la no concurrencia del demandado a practicarse el examen biológico de rigor”.

Jurisprudencia sobre inaplicabilidad en los casos en que se impugnan las normas sobre el efecto de la negativa injustificada a someterse a pruebas periciales biológicas y sobre la limitación del alcance del artículo 206 del Código Civil.

Rol 834-07-INA. Sentencia de 13 de mayo de 2008 del Tribunal Constitucional.

1. Se recurrió al Tribunal Constitucional solicitando que se declaren inaplicables los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, cuyo texto actual fue fijado por el artículo 1° de la Ley N° 20.030, publicada en el Diario Oficial del día 3 de julio de 2005, por ser contrarios a los numerales 2°, inciso segundo, conforme al cual **“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”**; 3°, inciso quinto, que dispone **“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”**, y 4°, que establece **“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”**, todos del artículo 19 de la Constitución Política.

Igualdad ante la ley y debido proceso.

2. El Tribunal expresa que los cambios introducidos por la Ley 20.030 al Código Civil en relación con los preceptos reprochados en esta litis, son, según el considerando duodécimo, los siguientes:

- a) Se derogaron los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 188, que consideraban como suficiente reconocimiento de la filiación la confesión de la paternidad o maternidad prestada bajo juramento por el supuesto padre o madre citado a presencia judicial, agregando que toda citación pedida de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona citada, obligaría al solicitante a indemnizar los perjuicios causados al afectado.
- b) Se derogó el artículo 196, que obligaba al juez a dar curso a la demanda sólo si con ella se presentaban antecedentes suficientes que hicieran plausibles los hechos en que se funda.
- c) Se reemplazó el inciso segundo del artículo 199, según el cual la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configuraba una presunción grave en su contra que el juez debía apreciar de conformidad con el artículo 426 del Código Civil, por tres incisos nuevos, que permiten al juez otorgar a las pruebas periciales de carácter biológico, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o maternidad, o para excluirla. A su turno, en caso de negativa injustificada de una de las

partes a someterse al peritaje biológico, se configura una presunción legal de la paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda, entendiéndose que hay negativa injustificada si, citada la parte dos veces, no concurre a la realización del examen, previo apercibimiento en tal sentido.

- d) Se agregó un nuevo artículo 199 bis, conforme al cual si entablada la acción de reclamación de filiación, la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria o se negare o manifestare dudas sobre su paternidad o maternidad, el juez ordenará, de inmediato, la práctica de la prueba pericial biológica;

3. El raciocinio del Tribunal Constitucional para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad es el siguiente:

- a) El requirente estima que la aplicación de los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, modificados en la forma que se ha explicado, en el caso sublite, vulnera la igualdad ante la ley, porque introduce una diferencia arbitraria en el derecho a la defensa de su representado, dado que ésta sería “más benigna para el demandante que para el demandado”, que es la calidad jurídica que él ostenta en el juicio que se ventila ante el Cuarto Juzgado de Familia (Considerando decimotercero).
- b) Que la sola lectura de la norma cuestionada permite constatar que la eliminación de la facultad judicial de no dar curso a la demanda por no presentarse antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda –operada por el artículo 1° de la Ley 20.030–, dice relación con todos los procesos judiciales en que se investigue la paternidad o maternidad con el objeto de hacer realidad el derecho a la identidad personal, sin que afecte exclusivamente al requirente de estos autos (Considerando decimocuarto).
- c) Que, por su parte, la exigencia que se analiza –aplicable a todo demandado– encuentra justificación en fines legítimos perseguidos por el legislador. Precisamente, en la discusión general del proyecto de ley que dio origen a las normas del Código Civil que hoy se impugnan, llevada a cabo en el Senado, consta la intervención de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Pérez, quien afirmó que “es impresionante el efecto de estos procesos, en que están involucrados los derechos de los niños, **especialmente el derecho a la identidad**, sobre la calidad de vida de esas personas...”.

El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido

restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales– pues ésta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad (Considerando decimoquinto).

d) Que para determinar si las reformas introducidas por el artículo 1° de la Ley 20.030 al Código Civil suponen establecer una discriminación entre demandantes y demandados en los juicios sobre reclamo de paternidad, es necesario una visión sistémica y general de las normas que actualmente rigen los referidos procesos judiciales. En ese contexto es posible apreciar que diversas normas vigentes del Código Civil –entre las que se encuentran las impugnadas– tienden a resguardar la igualdad procesal indispensable en el desarrollo de toda gestión judicial.

Es así que:

- El artículo 195 del Código Civil precisa que “la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, **en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen**”, dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución, según el cual “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.
- El artículo 198 del Código Civil prescribe que: “En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte”. Agrega que: “No obstante, para estos efectos **será insuficiente la sola prueba testimonial y se aplicarán a la de presunciones los requisitos del artículo 1712**”.
- El artículo 199, a su turno, indica que: “Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico”. Añade que: “El juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la maternidad o la paternidad, **o para excluirla**”.
- Finalmente, el artículo 200 del mismo Código Civil establece que: “La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación,

siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y **se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable**".

Así, y aun cuando el legislador eliminó el análisis de plausibilidad que se confiaba al juez al momento de decidir dar curso a una demanda de investigación de paternidad, ello no ha significado privar al demandado del derecho a defensa en el juicio, sino que éste se mantiene a través de diversas normas que, como las que se han recordado, le permiten hacer valer su posición en el proceso (considerando decimosexto).

- e) Que conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el **derecho a la acción**, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores..." (Sentencias Roles N°s 376, 389, 481 y 986, entre otras) (considerando decimoséptimo).
- f) Que en la situación que se analiza, los órganos colegisladores han previsto un conjunto de normas que, como las que se han recordado, tienden a mantener la posibilidad de que tanto demandantes como demandados, en los juicios sobre reclamo de paternidad, puedan defenderse, aunque en forma compatible con los principios que informan el sistema filiativo chileno desde la reforma introducida por la Ley N° 19.585, a saber: a) igualdad; b) interés superior del menor; y c) libre investigación de la paternidad y maternidad (Maricruz Gómez de la Torre Vargas. *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 36) (considerando decimocuarto).
- g) Que la moción que dio origen al precepto legal impugnado se fundamenta en que según los senadores patrocinantes de la iniciativa, "en el curso de estos años hemos notado ciertas falencias de que adolece esta norma jurídica (la Ley de Filiación N° 19.585, incorporada al Código Civil) y que, en definitiva, ha empantanado el fin primordial que persigue esta ley, cual es garantizar la igualdad entre los hijos y priorizar los intereses superiores de los mismos".

Agregaban esos parlamentarios, que "en la práctica, las acciones de reclamación de paternidad, en muchos casos, no han prosperado ante nuestros

tribunales de justicia” debido a divergencias que agrupaban en tres áreas: a) Exigencia legal impuesta a la parte demandante en orden a la presentación de antecedentes suficientes para dar curso a la demanda; b) Valor probatorio del peritaje biológico; y c) Negativa del padre para realizarse el examen de ADN.

Justificando el primero de los problemas planteados, la moción parlamentaria indicaba que “Esta disposición legal (el artículo 196 del Código Civil) limita el acceso a la justicia a aquellas personas que carecen de estos antecedentes (los que hagan plausibles los hechos en que se funda la demanda), sean cartas, fotografías, etc., impidiendo el ejercicio del proceso y en definitiva la de realizarse el examen de ADN, medio de prueba por excelencia, que permite tener un 99,99% de certeza acerca de la paternidad del hijo. Hecho que se considera grave, pues por carecer de estos medios, que si bien pueden tener importancia, se impide tener acceso a la realización de dicho examen, que tiene mayor grado de exactitud, frente a los “antecedentes” exigidos por esta norma legal”.

Precisaba, asimismo, que si bien con este artículo se quiso poner freno al ejercicio de acciones sin fundamento, o que puedan afectar la honra del demandado; igualmente se puede proteger a la contraparte sin la necesidad de que este artículo exista, a través de dos medios: la condenación en costas, cuando el juez estime que no existió fundamento plausible para litigar, hecho de aplicación general en todo juicio; y la obligación de indemnizar los perjuicios a quien haya ejercido una acción de filiación de mala fe, o con el propósito de lesionar la honra del demandado.

Concluía afirmando que “no parece lógico entonces, que la prueba biológica sea condicionada a la presentación adicional de otros antecedentes para darle tramitación a la demanda” (considerando vigésimo).

h) El propósito de los preceptos impugnados ha obedecido a la idea de corregir las distorsiones que dificultaban el debido acceso a la justicia en un ámbito que, como se ha expresado, tiene que ver con la plena protección de un derecho ligado estrechamente al valor de la dignidad humana, cual es el derecho a la identidad personal. Sobre el particular, ha de tenerse presente que aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18) (considerando vigésimo segundo).

- i) Que el requirente plantea que la nueva redacción del artículo 199 del Código Civil ha establecido una presunción de derecho al disponer que la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda (considerando vigésimo tercero).
- j) Que el Tribunal estima que no existe impedimento constitucional para que el legislador establezca presunciones de derecho en materias distintas a las referidas a la responsabilidad penal (considerando vigésimo cuarto)²².
- k) Que no obstante el raciocinio anterior, el Tribunal Constitucional expresa que la consecuencia de la negativa injustificada a someterse a exámenes biológicos de paternidad o maternidad no es una presunción de derecho, sino una presunción de carácter simplemente legal, esto es, que admite prueba en contrario (considerando vigésimo quinto).

Vulneración del derecho a la honra.

- a) El requirente plantea que la aplicación de los preceptos del Código Civil impugnados vulnera el artículo 19 N° 4 de la Constitución, aduciendo que aunque la normativa legal aplicable a esta clase de juicios establece el secreto de las actuaciones, resultará imposible ocultar en el hogar de su representado la notificación de una gestión de esta naturaleza, a lo que se une la avanzada edad del destinatario de esa notificación. Aunque no se señala expresamente, se aprecia que, para el actor, esta situación configura una transgresión al amparo constitucional de la honra de la persona, garantizada por la citada norma constitucional (considerando vigésimo noveno).
- b) Que el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental brinda respeto y protección tanto a la persona como a su familia. Su alcance consiste en que el derecho a la honra no prohíbe la intromisión misma en la vida de la persona (...) sino la violación del buen nombre de la persona o su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida de las personas que por su naturaleza afectan su reputación. (...) La honra de las personas se afecta sin lugar a dudas cuando hay una deliberada intención de denigrar o insultar a una persona o cuando se le atribuye una conducta basada en hechos falsos, eventualmente constitutivos de delito, a través de la palabra o cualquier otro lenguaje simbólico" (Humberto Nogueira Alcalá. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 492) (considerando trigésimo).

²² Estimamos que existe impedimento constitucional para establecer una presunción de derecho de la filiación porque así se destruye la igualdad ante la ley, impide el acceso a la justicia y contraviene los tratados internacionales ratificados por Chile, como la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos.

- c) Que el derecho al respeto y protección de la honra de la persona y de su familia debe ejercerse con arreglo a límites extrínsecos que derivan de la necesidad de respetar las reglas que la sociedad se ha dado para su pleno desenvolvimiento. Si entre esas reglas está la búsqueda de la verdad que se obtiene a través del ejercicio de acciones impetradas ante los tribunales de justicia, no puede estimarse lesivo al derecho garantizado por el artículo 19 N° 4 de la Constitución, la existencia de un procedimiento judicial que, conformado por reglas como las introducidas por los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, propende, precisamente, a la obtención de la verdad en un tema tan ligado al respeto de la dignidad humana como es la necesidad de determinar fehacientemente la identidad de una persona (considerando trigésimo primero).
- d) Que, por último, la necesidad de proteger adecuadamente la honra de las personas frente a un litigante temerario cuyo único propósito sea afectar la reputación del demandado, se cautela a través de otros remedios, tales como: a) La condenación en costas, cuando el juez estime que no existió fundamento plausible para litigar, hecho de aplicación general en todo juicio, y b) La existencia del artículo 197 del Código Civil, que obliga a indemnizar los perjuicios respectivos a quien haya ejercido una acción de filiación de mala fe, o con el propósito de lesionar la honra del demandado (considerando trigésimo segundo).

En mérito de todas las motivaciones sucintamente indicadas, se rechazó el requerimiento de inaplicabilidad planteado por don Nurieldin Hermosilla Rumié, en representación de don Julio Magri Rabaglio.

Esta sentencia destaca el hecho de que se protege la igualdad ante la ley a través del justo y racional procedimiento, el cual supone entre otras características, el derecho a la acción, que como se verá más adelante, se le niega a los hijos en el caso del artículo 182 del Código Civil.

Rol 1.340. Sentencia de 29 de septiembre de 2009 del Tribunal Constitucional.

1. El Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel expone que en la causa RIT N° C-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada "Muñoz con Muñoz", se ha ordenado oficiar a esta Magistratura Constitucional para que se pronuncie sobre la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, por ser contrario a la Ley Fundamental, resolviendo, si así lo estima, la suspensión del procedimiento.

2. La norma impugnada por el juez requirente dispone:

"Art. 206. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en

contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

3. El conflicto constitucional que se pide resolver a este Tribunal consiste en que, a juicio del juez requirente, dicho precepto legal impediría al presunto hijo de un padre que fallece con posterioridad a los 180 días siguientes al parto, demandar el reconocimiento de su filiación en contra de los herederos de ese presunto padre fallecido; efecto aquel que, según sostiene, sería contrario al derecho a la identidad que se encuentra reconocido y asegurado a toda persona en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 3, 5.1 y 11.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 16 y 17.1), mismos que deben entenderse incorporados a nuestro régimen jurídico y ser respetados por el Estado y sus órganos, conforme lo establece el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política. Concretamente, el magistrado requirente sostiene que la norma del artículo 206 del Código Civil, insertada en nuestra legislación en virtud de la Ley 19.585, de fecha 26 de octubre de 1998, vedaría en la especie de modo absoluto al actor la posibilidad de ejercer su derecho a la identidad en cuanto lo priva de las acciones procesales idóneas para ese efecto, ya que conforme a la redacción del texto legal, lo coloca en una hipótesis diversa de las que contempla para legitimarlo activamente.

Estima que la aplicación de la mencionada norma legal produciría infracción a la garantía de igualdad ante la ley que se encuentra asegurada en el N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental, establecería una discriminación que no resistiría ningún test de racionalidad o proporcionalidad, entre los presuntos hijos de padres fallecidos para demandar su filiación, considerando sólo el momento del fallecimiento del presunto padre.

El artículo 206 del Código Civil establecería una discriminación entre aquellos hijos cuyo presunto padre o madre falleció dentro de los 180 días siguientes al parto, a quienes les reconoce la acción de reclamación, y aquellos hijos cuyo presunto padre o madre fallece con posterioridad al transcurso de los 180 días siguientes al parto, a quienes se les priva de toda acción que les permita reclamar su filiación. Tal discriminación no encuentra, a su juicio, justificación alguna, ni siquiera en la historia fidedigna de la norma.

4. En cuanto a la infracción del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

- a) El conflicto sometido a la decisión de la magistratura constitucional consiste en que al aplicarse el artículo 206 del Código Civil a la resolución de aquél, podría verse vulnerada la obligación que pesa sobre todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la

naturaleza humana, consignada en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

- b) Entre los derechos afectados aparece el derecho a la identidad personal consagrado, con diferentes términos, en varios tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La redacción del artículo 206 deja al demandante en el proceso de investigación de paternidad o maternidad fuera de la hipótesis para ser considerado como legitimado activo, privándolo de una acción idónea para que le sea reconocida su filiación y, por ende, su derecho a la identidad personal (considerando cuarto).

Los tratados internacionales de aquellos que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes consagran el derecho a la identidad personal.

b.1.) Es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario" (artículo 18).

b.2.) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que "todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre" (art. 24.2.).

b.3.) La Convención sobre los Derechos del Niño dispone que: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera (...)" (art. 7, numerales 1 y 2).

b.4.) De las referidas normas internacionales y de la doctrina autorizada en estas materias, se infiere "que la identidad queda comprendida en la categoría de 'los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana' como reza el artículo 5° de la Constitución Política de la República, toda vez que atañe intrínsecamente a su propia individualidad tanto personalmente, como en su dimensión social, sobrepasando el ámbito inicialmente resguardado referido a los derechos del niño para entender que beneficia a toda persona en su condición de tal" (considerando octavo).

- b.5.) Que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en

el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Constitución consagra (considerando noveno).

b.6.) Que los artículos 204 y 205 autorizan la acción de reclamación de la filiación matrimonial y no matrimonial, respectivamente, sin límites en el tiempo (art. 195 del C.C.). En cambio, el artículo 206 limita dicha acción contra los herederos del padre o de la madre fallecidos, a fin de que sea ejercida dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado plena capacidad.

b.7.) Sobre la base de lo expresado, se sostiene por algunos que los artículos 204 y 205 constituyen la regla general en materias de acciones de filiación y que el artículo 206 representa una excepción, porque autoriza dirigir la acción de reclamación del estado de hijo no sólo contra el padre o madre –como aparece en los artículos 204 y 205– sino contra sus herederos cuando uno u otro han fallecido y siempre que se cumpla alguno de los siguientes supuestos: (i) que el hijo sea póstumo o (ii) que alguno de los padres haya fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto. En ambos casos la acción podrá deducirse dentro del plazo de 3 años, contados desde su muerte, o, si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad.

b.8.) Que en este capítulo de inconstitucionalidad deberá resolverse –dice la sentencia– si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador una norma (art. 206 del C.C.) que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad.

b.9.) La doctrina mantiene criterios encontrados sobre la materia señalada.

i. Por un lado, los autores Carlos Pizarro y Hernán Corral reconocen que el artículo 206 limita la posibilidad de que los herederos sean legitimados pasivos de las acciones de reclamación de la paternidad o maternidad cuando uno o ambos padres han fallecido. Sobre este particular se sostiene que el derecho a la identidad personal del hijo cuyo padre o madre fallece sin encontrarse dentro de los supuestos del artículo 206, cede frente al derecho a la integridad psíquica de los herederos que no desean ver perturbada su vida familiar; al derecho a su privacidad, al verse compelidos a perturbar el descanso de su deudo fallecido mediante la correspondiente exhumación del cadáver, y al derecho a la propiedad sobre la herencia una vez que opera la sucesión por causa de muerte en su favor.

ii. Por otro lado, don René Ramos Pazos, entre otros, reconoce que, en general, la doctrina nacional se ha pronunciado por la negativa en cuanto a demandar

a los herederos más allá de los supuestos que establece el artículo 206 del Código Civil.

Sin embargo, precisa que a partir del voto disidente del ex Ministro de la Corte Suprema, Domingo Kokisch, y del abogado integrante René Abeliuk, en sentencia de 2 de noviembre de 2004 (rol 2820-3), ha habido un cambio de opinión. Según este nuevo criterio, siempre se puede demandar a los herederos del progenitor y la única limitación que existe en el caso del artículo 206 reside en que se establece un plazo de 3 años para reclamar la filiación.

b.10) La disparidad de criterios doctrinarios revela una antinomia constitucional entendida como aquella situación en la que “los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra” (considerando decimonoveno).

Si se sostiene que el artículo 206 del Código Civil protege los derechos a la honra familiar y a la integridad psíquica de los herederos del causante impidiendo que, más allá de los supuestos restrictivos que contempla esa norma, se pueda accionar en contra de ellos para reclamar la paternidad o maternidad del causante fallecido, resultaría que su aplicación da efectivo cumplimiento a los derechos asegurados en los numerales 4° y 1°, respectivamente, del artículo 19 de la Carta Fundamental, y, por ende, la norma impugnada no resultaría contraria a la Constitución.

Por el contrario, la interpretación consignada precedentemente podría implicar que, al amparar tales derechos constitucionales, se dejaran sin efecto los derechos a la identidad personal, a la integridad psíquica y a la honra del demandante en un juicio de reclamación de paternidad, asegurados, respectivamente, por el artículo 5°, inciso segundo, y por el artículo 19, N°s 1° y 4°, de la Constitución. Lo anterior, porque en el evento de haber fallecido el supuesto padre o madre, el afectado se vería impedido de accionar para reclamar su filiación contra los herederos de aquél o aquélla, si no se encuentra en los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil (considerando decimonoveno).

b.11.) ¿Qué solución debe propiciar el juez constitucional ante una antinomia de esta naturaleza? ¿Puede aplicarse el criterio de jerarquización de los derechos –sugerido para solucionar conflictos como el planteado– cuando los que se encuentran comprometidos son, en general, equivalentes (derecho a la integridad psíquica y a la honra de la persona y de su familia) y, más aún, se encuentran en directa ligazón con la dignidad humana, valor supremo que preside toda nuestra Constitución (considerando vigésimo).

b.12.) El Tribunal Constitucional examina, en primer término, el criterio de hermenéutica constitucional denominado **concordancia práctica**, que procura conciliar los derechos comprometidos y que exige del intérprete la ponderación de los derechos y bienes en conflicto para armonizarlos y en caso de no ser posible, darle prevalencia a uno sobre el otro (considerando vigésimo primero).

Que la interpretación armónica del sistema de reconocimiento de la filiación en Chile permite concluir que los herederos de la persona cuya paternidad o maternidad se reclama quedan salvaguardados en la medida que el demandante de mala fe recibe sanciones por su conducta a través de la condena en costas y de la indemnización de perjuicios. Además, los efectos patrimoniales de la reclamación quedan limitados por el artículo 195 del Código Civil, que dispone que los efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia. Se concilian así los intereses de quien reclama la filiación y los herederos del padre o madre fallecidos.

b.13.) El resguardo de los derechos patrimoniales en la sucesión del progenitor fallecido lo examina Rodríguez Grez al tenor de los artículos 195 y 221 del Código Civil²³. Señala que la interpretación acogida por el Tribunal Constitucional en el sentido de que la regla general en materia de reclamación de filiación está contenida en el artículo 317 del Código Civil, permitiría a una persona privar a otra de todo o parte de la asignación hereditaria ya adquirida, cuando ella se encuentra integrada a su patrimonio desde la muerte del causante, infringiéndose, de este modo, la garantía contemplada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, relativa al derecho de dominio. Lo señalado por este autor deriva de que, por disposición de la ley, se ha adquirido el dominio de la asignación hereditaria, propiedad de la que se priva posteriormente, al hacerse lugar, por sentencia judicial, a la reclamación de filiación.

A lo anterior, agrega que a partir de una interpretación semejante, toda asignación hereditaria debe considerarse condicional, ya que estaría sujeta al hecho futuro e incierto de que el reconocimiento de un descendiente –incluso años después de la muerte de sus padres– haría perder todo o parte del dominio adquirido. El único paliativo que ofrece la ley, en este caso, es lo previsto en el artículo 221 del Código Civil, pudiendo los asignatarios alegar haber adquirido la herencia de “buena fe”. El alcance que debe darse a esta excepción contemplada en el artículo 221 recién

²³ Rodríguez Grez Pablo, "Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, mediante la cual se declara inaplicable el artículo 206 del Código Civil", en *Sentencias destacadas*, 2009, pp. 117 y ss., y en especial 134 y 135 y ss., ediciones LYD (Libertad y Desarrollo), año 2010.

mencionado, consiste en que los asignatarios, al ser llamados a suceder, desconocían la existencia del presunto hijo, cuestión de hecho que deberá defenderse en cada caso conforme al mérito de las pruebas rendidas. En opinión del profesor Rodríguez Grez, no se advierte otra posibilidad de que los asignatarios puedan conservar su asignación²⁴.

b.14.) El Tribunal Constitucional examina también otro criterio de interpretación de la Carta Fundamental, conocido como la regla del “**efecto útil**”, que exige propiciar inteligencia de las normas que no priven absolutamente de efectos a los valores, principios y reglas constitucionales. Desde este punto de vista, estima esa magistratura que no corresponde acoger una interpretación que, restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad sólo a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil, pugne con el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución, dejando sin efecto el derecho a la identidad personal, en estrecho ligamen con el valor de la dignidad humana, consignado en su artículo 1°, inciso primero (considerando vigésimo séptimo).

Infracción a la igualdad ante la ley.

- a) El conflicto constitucional dice relación también con la supuesta discriminación arbitraria que introduce el artículo 206 del Código Civil entre los hijos cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto en contraposición con aquellos hijos cuyo padre o madre fallece después de vencido dicho plazo. Los primeros pueden deducir la acción de reclamación contra los herederos del padre o madre fallecido, mientras que los segundos están privados de la acción sin motivo plausible que lo justifique.

Se reconoce que se está frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, porque, por una parte, las personas que se encuentran en los supuestos del artículo 206 del Código Civil, esto es, el hijo póstumo o aquel cuyo padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto, pueden accionar contra los herederos del supuesto padre o madre para obtener el reconocimiento de su filiación; y, por la otra, quienes no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la norma cuestionada carecen de acción para obtener el reconocimiento de su verdadera filiación (considerando trigésimo primero).

- b) Que el examen de la historia del establecimiento del artículo 206 del Código Civil revela que, lejos de apreciarse un fundamento objetivo y razonable en la limitación que dicha norma establece para reclamar de los herederos del padre o madre fallecidos el reconocimiento de la filiación, se tuvo en cuenta la regulación contenida en una norma precedente que aludía a una

²⁴ *Ibíd* p. 136

distinción entre tipos o categorías de hijos que el proyecto del Ejecutivo quiso precisamente superar. Por lo tanto, se consideró un criterio que ya no tenía cabida en la nueva legislación y que motivó críticas de parte de algunos parlamentarios, precisamente por estimarse que introducía una diferencia entre aquellos cuyo padre o madre fallece antes o después de los 180 días siguientes al parto, generando, por ende, un vacío legal (considerando trigésimo cuarto).

- c) De allí entonces la falta de razonabilidad en la diferencia de trato entre quienes demandan el reconocimiento de su filiación en los casos del artículo 206 del Código Civil y aquellos cuyos padres fallecen después de los 180 días siguientes al parto, sacrificando el derecho de estos últimos de conocer su identidad personal mediante el ejercicio de la acción de reclamación en contra de los herederos de su progenitor fallecido, lo que les ha sido negado por el precepto en cuestión.
- d) En mérito de todo lo anterior se acogió el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, con la prevención del Ministro Raúl Bertelsen Repetto y el voto en contra de los Ministros Juan Colombo Campbell, Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander.
- e) Esta sentencia pone de relieve la discriminación arbitraria que crea la ley cuando se impide al hijo el derecho a la acción. Todo lo que señala el fallo en relación con el artículo 206 del Código Civil, que impide el derecho a la acción, rige con más fuerza todavía en el caso del artículo 182 del Código Civil, que veda toda posibilidad al hijo de conocer su verdadera identidad.
- f) **Claudia Schmidt Hott**, en su artículo sobre “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”²⁵, concluye que todos aquellos preceptos que obstruyen el derecho a la verdad de la filiación, que tiene tutela constitucional, deben ser invalidados por ser contrarios a la Constitución Política de la República. Es así que plantea la inconstitucionalidad de los artículos 212, 213, 214 y 215 del Código Civil.
- g) Explica que es inconstitucional la caducidad de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial. Siguiendo las enseñanzas de la profesora Paulina Veloso, pensamiento con el cual ella coincide, señala: “el derecho a la identidad, que es lo que, en definitiva, se reclama en la acción –sea de

²⁵ *Revista Actualidad Jurídica* N° 20, pp. 483 y ss., tomo II, julio 2009, Universidad del Desarrollo, Facultades de Derecho Santiago y Concepción.

reclamación o impugnación– se entiende inherente a la persona, al desarrollo de su personalidad, a su integridad y dignidad; y en consecuencia goza de protección constitucional; y al mismo tiempo, está consagrado en diversos tratados de derechos humanos vigentes en Chile²⁶.

- h) De esta tesis se infiere que si la caducidad de acciones vulnera la igualdad ante la ley, con cuanta mayor razón se produce esa infracción en el caso del artículo 182 del Código Civil, cuando se le impide al hijo el ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación de su filiación.
- i) **María José Méndez Costa y Daniel Hugo D' Antonio**²⁷ plantean que “El derecho de la persona concebida mediante técnicas de procreación artificial o gestada en madre portadora al establecimiento de su filiación enfrenta el derecho a la intimidad del dador del semen, de la dadora del óvulo, de los que recurrieron a los procedimientos de engendramiento no natural e incluso de aquel sujeto si no es él quien persigue la titularidad de su verdadero estado de familia” (p. 226).

La protección de la intimidad pretende lograrse mediante el anonimato del dador o dadora, pero éste obstaculiza la determinación de la filiación biológica, interés que los criterios actuales ubican en primer plano aun contra los efectos de la legitimación adoptiva o la adopción plena que resultan de la total supresión de datos sobre los progenitores del adoptado. Cuestiones exclusivamente fácticas han puesto de relieve la importancia para el sujeto de conocer sus antecedentes genéticos indisolublemente unidos a sus condiciones de salud y desarrollo físico y mental. Además, es también factible desviación en el razonable sentido del anonimato. El pretendido anonimato, escribe Vidal Martínez, no es sino una construcción ad hoc que en vez de defender los intereses de la persona directamente implicada –el hijo y su derecho a la intimidad– lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de responsabilidades, de las restantes personas implicadas en la operación. De este modo el mantenimiento del anonimato concebido como secreto absoluto, y no como lo que debe ser, simple protección de la intimidad de las personas implicadas, podría llevar a una consecuencia directamente opuesta a la pretendida por el derecho a la intimidad. A saber: la instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico, o a contar con ese dato, para la defensa de intereses morales o materiales²⁸.

²⁶ Veloso Valenzuela, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, pp. 132 y ss., LexisNexis, Chile, 2001.

²⁷ Méndez Costa, María José, y D'Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Tomo III, pp. 225 y ss., Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, Santa Fe, Argentina.

²⁸ Vidal Martínez, su trabajo publicado en LL cit., en el Cap. XIII, p. 1035, citado por Méndez y D'Antonio, p. 226.

Los mismos autores –Méndez Costa y D’Antonio– plantean distintas hipótesis en la reproducción humana asistida, todas las cuales, en nuestra opinión, justifican dejar abierta la posibilidad de investigar la verdadera paternidad o maternidad de la criatura nacida como consecuencia de técnicas de reproducción humana asistida.

Entre tales hipótesis se pueden apreciar las siguientes:

Inseminación artificial

- a) Inseminación artificial de la mujer con semen del marido.
- b) Inseminación artificial de la viuda con semen del marido difunto.
- c) Inseminación artificial de la mujer con semen de un extraño (con consentimiento del marido o sin su consentimiento).
- d) Inseminación artificial de la mujer con semen de un extraño sin el consentimiento de ella al creer que se trataba del semen de su marido.
- e) Inseminación artificial de la mujer sola, esto es, sin que medie el reconocimiento del dador del semen y tratándose de una paternidad extramatrimonial.
- f) Inseminación de la mujer con semen del concubino o conviviente.
- g) Inseminación artificial de la mujer casada o no actualmente casada con semen de otro hombre casado. Ello con el compromiso de entregar el hijo al dador del semen y su esposa.
- h) Inscripción del hijo a nombre de la mujer casada inseminada.
- i) Inscripción del hijo a nombre de la mujer no actualmente casada inseminada.
- j) Inscripción del hijo a nombre de la cónyuge del dador del semen.

Gestación en madre subrogada.

- a) Implantación del óvulo de otra mujer fecundado por el marido de ésta en el útero de la madre sustituta.
- b) Inscripción del hijo a nombre de la mujer portadora.
- c) Inscripción del hijo a nombre de la dadora del óvulo.

Hipótesis de fecundación in vitro.

- Se aplican todas las situaciones antes señaladas.

A todo lo anterior, se agrega la hipótesis –en nuestro parecer– de utilizar la forma de reproducción humana asistida con el fin de proveer hijos a parejas homosexuales o lésbicas, lo que supone una infracción a la política pública de impedir la adopción de hijos por tales parejas.

Las situaciones que pueden existir en el ámbito de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, justifican plenamente el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad mediante el ejercicio de las acciones de filiación correspondientes, para lo cual hoy día no está autorizado a interponer por mandato del artículo 182 del Código Civil, y que, en nuestra opinión, es inconstitucional.

Conclusiones.

1. El artículo 182 del Código Civil discrimina a los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida respecto de todos aquellos de filiación determinada, al privarlos de la acción de impugnación de esa filiación determinada y de impedirles la reclamación de un nuevo estado.
2. La discriminación antedicha resulta arbitraria, porque no existe razón alguna que justifique dar ese tratamiento a los hijos a que se refiere el artículo 182 del Código Civil, mientras que a todos los demás hijos de filiación por naturaleza, sean hijos matrimoniales o no matrimoniales, se les han abierto todas las posibilidades para intentar las acciones de impugnación y reclamación de la filiación. Además, tanto en razón de los cambios legislativos como por la evolución de la doctrina y la jurisprudencia, se han ampliado las posibilidades para que los hijos conozcan su verdadera identidad. El criterio señalado refleja el cambio de la doctrina nacional en materia de acciones de filiación así como el pensamiento del Tribunal Constitucional al pronunciarse acerca de los requerimientos que le fueran formulados en las causas rol 834-07-INA y rol 1340-09.
3. La discriminación arbitraria a que se hace mención vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley e infringe los tratados sobre derechos humanos que amparan el derecho del hijo a conocer su propia identidad.
4. La igualdad ante la ley se resiente en la especie cuando el artículo 182 del Código Civil niega el ejercicio de las acciones de filiación al hijo nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida y de esta manera se contraviene el respeto al debido proceso que –de acuerdo con el número 3° del artículo 19

de la Constitución Política– corresponde que el legislador establezca a favor de todos los hijos, sin discriminaciones arbitrarias, mediante las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

5. En mérito de todo cuanto se ha expuesto creemos que corresponde, en el evento de intentarse un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 182 ante el Tribunal Constitucional, se declare la inconstitucionalidad de esta última norma por infracción de la igualdad ante la ley al crearse una discriminación arbitraria en perjuicio de los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos

Raúl F. Campusano Droguett

Master en Derecho, U. Leiden, Holanda

Master of Arts, U. Notre Dame, USA

Profesor de Derecho Internacional Público

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Resumen: En estos apuntes se presentan las normas de contenido ambiental de las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La incorporación de los temas ambientales en los textos constitucionales es un fenómeno relativamente reciente, siendo la Constitución de Chile de 1980 una pionera en la materia. Puede observarse que el tema ambiental se encuentra hoy presente en todas las Constituciones de la región. En el caso de las Constituciones más recientes, como las de Bolivia y Ecuador, es posible observar una tendencia dirigida a relacionar el medio ambiente con diversas materias constitucionales y también a desarrollar opciones ideológicas desde diversas consideraciones relacionadas con el medio ambiente.

I. Introducción

La incorporación de normas de contenido ambiental en los textos constitucionales es un fenómeno reciente. El derecho ambiental es un fenómeno reciente. La primera reunión internacional gubernamental global tuvo lugar recién el año 1972, en Estocolmo. Ese año puede considerarse como un referente de la disciplina, aunque hubo que esperar veinte años para la segunda reunión global (Río, 1992) y diez más para la tercera (Johannesburg, 2002). Si se analiza el contenido de las Constituciones de los países sudamericanos es posible observar que, en la actualidad, todas ellas han incorporado el tema ambiental en su articulado. Más aún, en varias Constituciones de la región, el tema ambiental se encuentra extensamente desarrollado y es parte de diversos capítulos y materias de los textos fundamentales. Cabe preguntarse entonces sobre el contenido y alcance de esta incorporación de los temas ambientales en las Constituciones de los países sudamericanos. En este trabajo se han analizado las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. El objetivo de estos apuntes es presentar las normas de contenido

ambiental de las Constituciones de los países sudamericanos mencionados, levantando algunas observaciones preliminares que puedan dar lugar a futuros trabajos e investigaciones sobre estas materias¹.

Uno de los primeros hallazgos que llama la atención es lo pionera de nuestra Constitución en materia ambiental. En efecto, a solo 8 años de la Conferencia de Estocolmo, la Constitución de Chile consagra, desde 1980, el derecho de todo habitante de la República a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Un segundo aspecto que llama la atención desde una primera lectura de las Constituciones de la región, es la extensión de las normas de contenido ambiental y los numerosos aspectos, materias y capítulos en que estas materias son tratadas. La Constitución de Chile es una excepción en la región, por su precisión y brevedad para tratar la materia.

Desde la perspectiva del derecho comparado es interesante analizar la forma en que los ordenamientos jurídicos de la región optan por incorporar normas de contenido ambiental en sus textos constitucionales. Desde la perspectiva del derecho internacional también es interesante observar la forma en que los mencionados ordenamientos integran los principios, instituciones y normas propias de los tratados de contenido ambiental y de otras fuentes del derecho internacional en sus Constituciones políticas.

En el contexto de lo señalado, cabe presentar las siguientes interrogantes:

- a) ¿Qué razones explican que los países de la región hayan decidido incorporar los temas ambientales en sus textos constitucionales?
- b) ¿De qué formas se ha incorporado el tema ambiental en las Constituciones de la región?
- c) ¿Es posible identificar aspectos comunes en las Constituciones de la región, desde la perspectiva del medio ambiente?
- d) ¿Es posible identificar propuestas ideológicas en el conjunto de las normas analizadas?

Como se ha señalado, y sin perjuicio de lo que se expresa en las conclusiones preliminares, este texto se limita a presentar las normas de contenido ambiental de las Constituciones políticas de varios países sudamericanos. En trabajos futuros se profundizará el análisis de cada uno de estas materias.

¹ El autor agradece al egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo Jorge Mashini por su colaboración de recolección de la información usada en este artículo, en el contexto de la pasantía llevada a cabo durante el año 2010.

II. Países analizados

Argentina

La Constitución Argentina consagra el tema ambiental en su Primera Parte, Capítulo Segundo, llamado: Nuevos Derechos y Garantías, en su artículo 41, en que se protege el derecho a vivir en un ambiente sano: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos"².

El mismo texto en su artículo 43 establece el mecanismo para proteger este derecho, esto es, a través del recurso de amparo: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado

² Primera Parte, Capítulo Segundo, Nuevos derechos y garantías: Art. 41.

o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

Como señala Álvarez, los antecedentes históricos inmediatos del artículo 41 de la presente Constitución fueron las Constituciones de España, Portugal y Perú, además de otras Convenciones Internacionales. Así es como con la reforma de 1994 de la Constitución Federal, es que se reconoce por primera vez en Argentina el derecho de los habitantes a vivir en un ambiente sano, como también el deber recíproco de proteger este derecho. Al incorporarse este derecho en la Constitución desde una óptica jurídica se le estaría otorgando un estatus constitucional a la materia, integrándola dentro del orden público constitucional y desde la óptica política se le confiere como programa político de gobierno que es un mandato específico de la política ambiental. Haciendo un análisis dentro del estatus constitucional, podríamos referirnos a este derecho como subjetivo y colectivo a la vez, ya que contiene un derecho para los habitantes y un deber de actuación para los órganos públicos. Por otro lado es un derecho intergeneracional, donde nos podríamos preguntar si se pueden proteger derechos de generaciones futuras. Según la doctrina de Bidart Campos, esto es posible, ya que esto significaría un compromiso con el Estado para el porvenir”³.

Bolivia

La Constitución de Bolivia incorpora el tema ambiental en forma extensa y variada. En este sentido, es parte de la tendencia mayoritaria en la región (siendo Chile expresión de la tendencia minoritaria). Son tantos los aspectos y consideraciones ambientales que se expresan en la Constitución de Bolivia que sería difícil entender el ordenamiento constitucional de ese país sin considerar tales materias. El medio ambiente no solo está presente desde una perspectiva técnica, sino también como principio y como valor fundamental del Estado. Así, el tema ambiental se relaciona con los temas económicos y de desarrollo nacional, con los temas indígenas, con la empresa, con la cultura y con la educación, y con las relaciones internacionales.

En la Primera Parte, el Título I, Capítulo Segundo, “Principio, Valores y Fines del Estado”, en su artículo 9, se consagra como fin del Estado la protección de los recursos naturales y el medio ambiente. En el Título II, dentro de la misma parte, en el Capítulo Cuarto, “Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos”, en su artículo 30, numeral 6, se consagra el derecho a vivir en un medio ambiente sano con un ecosistema equilibrado. En la misma parte y el mismo título señalado anteriormente, nos encontramos también con

³ Álvarez, Fernando. “La Tutela del Medio Ambiente en el Sistema Constitucional Argentino”, 2002. Disponible en Web < <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/720/72001101.pdf>>

el Capítulo Quinto, “Derechos Sociales y Económicos”, en su sección I, donde se encuentra el derecho a vivir en un medio ambiente sano, protegiendo a todas las personas y con una normativa genérica, en los artículos 33 y 34. Estos dos artículos son similares a la normativa ambiental que tienen países como Chile y Argentina, que garantizan este derecho y además conceden una acción para protegerlo. Posteriormente nos encontramos inmediatamente con el Capítulo Sexto, “Educación, Interculturalidad y Derechos Culturales”, Sección I, “Educación, se consagra como fines de la educación la protección y conservación del medio ambiente. En el Título III, de la Primera Parte, se encuentra el capítulo relativo a los “Deberes”, se establece como deber de los bolivianos en el artículo 108, numerales 14, 15 y 16: Proteger, resguardar y defender el patrimonio natural, los recursos naturales y el medio ambiente en general. En el Capítulo II del mismo título, Sección VI, llamada “Acción Popular”, se concede una acción popular en contra de las autoridades o individuos que atenten contra el medio ambiente. En la Segunda Parte, Título Tercero, Capítulo III, “Jurisdicción Agroambiental”, se crea el Tribunal Agroambiental que tiene la jurisdicción agroambiental del país. Desde el artículo 186 hasta el artículo 189, se encuentran la normativa orgánica y las atribuciones de dicho tribunal. En el Título VIII, Capítulo Tercero, se regula las Relaciones Internacionales, en que se establece como principio de las relaciones internacionales la promoción, protección y conservación del medio ambiente, la biodiversidad y la naturaleza.

La Tercera Parte contiene en su Título I, Capítulo Octavo, en cuanto a la distribución de competencias, una variedad de artículos referentes a las competencias de los órganos del Estado en el ámbito ecológico y de recursos naturales. En la Cuarta Parte de la Constitución se regula de forma extensa la protección al medio ambiente. En su Capítulo II, “Función del Estado en la Economía”, en su artículo 316 numeral 6 y en su artículo 319, se regula la industrialización de los recursos naturales, y en su artículo 337, se refiere al turismo como actividad económica, que debe realizarse sin producir un impacto perjudicial en el medio ambiente. En el Título II, Capítulo I, se regula nuevamente la protección del medio ambiente, los derechos de los ciudadanos; y los deberes de éstos y del Estado. Posteriormente, su Capítulo II regula la utilización y explotación de los recursos naturales. Sin embargo, su Capítulo Octavo contiene normas que protegen un territorio específico, la Amazonía, ya que se considera una riqueza ecológica del país.

PRIMERA PARTE. TÍTULO I. CAPÍTULO SEGUNDO: PRINCIPIOS, VALORES Y FINES DEL ESTADO: **Artículo 9.** Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: **6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimen-**

siones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

TÍTULO II. CAPÍTULO CUARTO: DERECHOS DE LAS NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS. **Artículo 30.** I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: **10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.**

CAPÍTULO QUINTO: DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS. SECCIÓN I. DERECHO AL MEDIO AMBIENTE. **Artículo 33.** Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. **Artículo 34.** Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

CAPÍTULO SEXTO: EDUCACIÓN, INTERCULTURALIDAD Y DERECHOS CULTURALES. SECCIÓN I. EDUCACIÓN. **Artículo 80.** I. La educación tendrá como objetivo la formación integral de las personas y el fortalecimiento de la conciencia social crítica en la vida y para la vida. La educación estará orientada a la formación individual y colectiva; al desarrollo de competencias, aptitudes y habilidades físicas e intelectuales que vincule la teoría con la práctica productiva; **a la conservación y protección del medio ambiente**, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien. Su regulación y cumplimiento serán establecidos por la ley.

TÍTULO III. DEBERES. **Artículo 108.** Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: **14. Resguardar, defender y proteger el patrimonio natural, económico y cultural de Bolivia. 15. Proteger y defender los recursos naturales y contribuir a su uso sustentable, para preservar los derechos de las futuras generaciones. 16. Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos**⁴.

⁴ En esta materia también debe considerarse el siguiente artículo: Capítulo Segundo Sección VI Acción Popular: Artículo 135. La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución.

SEGUNDA PARTE. TÍTULO TERCERO. CAPÍTULO TERCERO: JURISDICCIÓN AGROAMBIENTAL: **Artículo 186.** El Tribunal Agroambiental es el máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental. Se rige en particular por los principios de función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad. **Artículo 189.** Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley: 1. **Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales.** 2. Conocer y resolver en única instancia las demandas de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales. 3. **Conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas.** 4. Organizar los juzgados agroambientales⁵.

TÍTULO VIII. RELACIONES INTERNACIONALES, FRONTERAS, INTEGRACIÓN Y REIVINDICACIÓN MARÍTIMA. CAPÍTULO PRIMERO: RELACIONES INTERNACIONALES: **Artículo 255.** I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo. II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: 3. Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación. **Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva.** 8. Seguridad y soberanía alimentaria para toda la población; prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el medio ambiente.

⁵ En esta materia también debe considerarse el siguiente artículo: Artículo 187. Para ser elegida Magistrada o elegido Magistrado del Tribunal agroambiental serán necesarios los mismos requisitos que los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, además de contar con especialidad en estas materias y haber ejercido con idoneidad, ética y honestidad la judicatura agraria, la profesión libre o la cátedra universitaria en el área, durante ocho años. En la preselección de las candidatas y los candidatos se garantizará la composición plural, considerando criterios de plurinacionalidad. Artículo 188. I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Agroambiental serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia. II. El sistema de prohibiciones e incompatibilidades aplicado a las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Agroambiental será el de los servidores públicos. III. El tiempo de ejercicio, la permanencia y la cesación en el cargo establecidos para las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán de aplicación a los miembros del Tribunal Agroambiental.

TERCERA PARTE. TÍTULO I. CAPÍTULO OCTAVO: DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: **Artículo 298.** I. Son competencias privativas del nivel central del Estado: 20. Política general de Biodiversidad y Medio Ambiente. 22. Política económica y planificación nacional II. Son competencias exclusivas del nivel central del Estado: 4. Recursos naturales estratégicos, que comprenden minerales, espectro electromagnético, recursos genéticos y biogenéticos y las fuentes de agua. 5. Régimen general de recursos hídricos y sus servicios. 6. Régimen general de biodiversidad y medio ambiente. 7. Política Forestal y régimen general de suelos, recursos forestales y bosques. Artículo 299. II. Las siguientes competencias se ejercerán de forma concurrente por el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas: 1. Preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y fauna silvestre manteniendo el equilibrio ecológico y el control de la contaminación ambiental. Artículo 300. I. Son competencias exclusivas de los gobiernos departamentales autónomos, en su jurisdicción: 18. Promoción y conservación del patrimonio natural departamental. Artículo 302. I. Son competencias exclusivas de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción: 5. Preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y recursos naturales, fauna silvestre y animales domésticos⁶.

CUARTA PARTE. ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO. TÍTULO I: ORGANIZACIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO. CAPÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES: Artículo 312. III. Todas las formas de organización económica tienen la obligación de proteger el medio ambiente. CAPÍTULO SEGUNDO: FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA: Artículo 316. La función del Estado en la economía consiste en: 6. Promover prioritariamente la industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables, en el marco del respeto y protección del medio ambiente, para garantizar la generación de empleo y de insumos económicos y sociales para la población. Artículo 319. I. La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios. La articulación de la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno será prioritaria en las políticas económicas del Estado. II. En la comercialización de los recursos naturales y energéticos estratégicos, el Estado considerará, para la definición del precio de su comercialización, los

⁶ En este tema también debe considerarse el siguiente artículo: Artículo 304. II. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias compartidas: 4. Control y regulación a las instituciones y organizaciones externas que desarrollen actividades en su jurisdicción, inherentes al desarrollo de su institucionalidad, cultura, medio ambiente y patrimonio natural. III. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias concurrentes: 2. Organización, planificación y ejecución de planes, programas y proyectos de educación, ciencia, tecnología e investigación, en el marco de la legislación del Estado. 3. Conservación de recursos forestales, biodiversidad y medio ambiente 4. Sistemas de riego, recursos hídricos, fuentes de agua y energía, en el marco de la política del Estado, al interior de su jurisdicción. 5. Construcción de sistemas de microrriego.

impuestos, regalías y participaciones correspondientes que deban pagarse a la hacienda pública. Artículo 337. I. El turismo es una actividad económica estratégica que deberá desarrollarse de manera sustentable para lo que tomará en cuenta la riqueza de las culturas y el respeto al medio ambiente. II. El Estado promoverá y protegerá el turismo comunitario con el objetivo de beneficiar a las comunidades urbanas y rurales, y las naciones y pueblos indígena originario campesinos donde se desarrolle esta actividad.

TÍTULO II. MEDIO AMBIENTE, RECURSOS NATURALES, TIERRA Y TERRITORIO. CAPÍTULO PRIMERO: MEDIO AMBIENTE: **Artículo 342.** Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente. **Artículo 343.** La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente. **Artículo 344.** I. Se prohíbe la fabricación y uso de armas químicas, biológicas y nucleares en el territorio boliviano, así como la internación, tránsito y depósito de residuos nucleares y desechos tóxicos. II. El Estado regulará la internación, producción, comercialización y empleo de técnicas, métodos, insumos y sustancias que afecten a la salud y al medio ambiente. **Artículo 345.** Las políticas de gestión ambiental se basarán en: 1. La planificación y gestión participativas, con control social. 2. La aplicación de los sistemas de evaluación de impacto ambiental y el control de calidad ambiental, sin excepción y de manera transversal a toda actividad de producción de bienes y servicios que use, transforme o afecte a los recursos naturales y al medio ambiente. 3. La responsabilidad por ejecución de toda actividad que produzca daños medioambientales y su sanción civil, penal y administrativa por incumplimiento de las normas de protección del medio ambiente. **Artículo 346.** El patrimonio natural es de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país. Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población será responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no comprometerá la soberanía sobre los recursos naturales. La ley establecerá los principios y disposiciones para su gestión. **Artículo 347.** I. El Estado y la sociedad promoverán la mitigación de los efectos nocivos al medio ambiente, y de los pasivos ambientales que afectan al país. Se declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos y la imprescriptibilidad de los delitos ambientales. II. Quienes realicen actividades de impacto sobre el medio ambiente deberán, en todas las etapas de la producción, evitar, minimizar, mitigar, remediar, reparar y resarcir los daños que se ocasionen al medio ambiente y a la salud de las personas, y establecerán las medidas de seguridad necesarias para neutralizar los efectos posibles de los pasivos ambientales.

CAPÍTULO SEGUNDO. RECURSOS NATURALES: Artículo 348. I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el

aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. II. Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país. Artículo 349. I. Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo. II. El Estado reconocerá, respetará y otorgará derechos propietarios individuales y colectivos sobre la tierra, así como derechos de uso y aprovechamiento sobre otros recursos naturales. III. La agricultura, la ganadería, así como las actividades de caza y pesca que no involucren especies animales protegidas, son actividades que se rigen por lo establecido en la cuarta parte de esta Constitución referida a la estructura y organización económica del Estado. Artículo 350. Cualquier título otorgado sobre reserva fiscal será nulo de pleno derecho, salvo autorización expresa por necesidad estatal y utilidad pública, de acuerdo con la ley. Artículo 351. I. El Estado, asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos a través de entidades públicas, cooperativas o comunitarias, las que podrán a su vez contratar a empresas privadas y constituir empresas mixtas. II. El Estado podrá suscribir contratos de asociación con personas jurídicas, bolivianas o extranjeras, para el aprovechamiento de los recursos naturales. Debiendo asegurarse la reinversión de las utilidades económicas en el país. III. La gestión y administración de los recursos naturales se realizará garantizando el control y la participación social en el diseño de las políticas sectoriales. En la gestión y administración podrán establecerse entidades mixtas, con representación estatal y de la sociedad, y se precautelaré el bienestar colectivo. IV. Las empresas privadas, bolivianas o extranjeras, pagarán impuestos y regalías cuando intervengan en la explotación de los recursos naturales, y los cobros a que den lugar no serán reembolsables. Las regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales son un derecho y una compensación por su explotación, y se regularán por la Constitución y la ley. Artículo 352. La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios. Artículo 353. El pueblo boliviano tendrá acceso equitativo a los beneficios provenientes del aprovechamiento de todos los recursos naturales. Se asignará una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos, y a las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Artículo 354. El Estado desarrollará y promoverá la investigación relativa al manejo, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y la biodiversidad. Artículo 355. I. La industrialización y comercialización de los recursos naturales será prioridad del Estado. II. Las utilidades obtenidas por

la explotación e industrialización de los recursos naturales serán distribuidas y reinvertidas para promover la diversificación económica en los diferentes niveles territoriales del Estado. La distribución porcentual de los beneficios será sancionada por la ley. III. Los procesos de industrialización se realizarán con preferencia en el lugar de origen de la producción y crearán condiciones que favorezcan la competitividad en el mercado interno e internacional. Artículo 356. Las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales no renovables tendrán el carácter de necesidad estatal y utilidad pública. Artículo 357. Por ser propiedad social del pueblo boliviano, ninguna persona ni empresa extranjera, ni ninguna persona o empresa privada boliviana podrá inscribir la propiedad de los recursos naturales bolivianos en mercados de valores, ni los podrá utilizar como medios para operaciones financieras de titularización o seguridad. La anotación y registro de reservas es una atribución exclusiva del Estado. Artículo 358. Los derechos de uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales deberán sujetarse a lo establecido en la Constitución y la ley. Estos derechos estarán sujetos a control periódico del cumplimiento de las regulaciones técnicas, económicas y ambientales. El incumplimiento de la ley dará lugar a la reversión o anulación de los derechos de uso o aprovechamiento.

CAPÍTULO OCTAVO. AMAZONIA: Artículo 390. I. La cuenca amazónica boliviana constituye un espacio estratégico de especial protección para el desarrollo integral del país por su elevada sensibilidad ambiental, biodiversidad existente, recursos hídricos y por las ecoregiones. II. La amazonia boliviana comprende la totalidad del departamento de Pando, la provincia Iturrealde del departamento de La Paz y las provincias Vaca Díez y Ballivián del departamento del Beni. El desarrollo integral de la amazonia boliviana, como espacio territorial selvático de bosques húmedos tropicales, de acuerdo a sus específicas características de riqueza forestal extractiva y recolectora, se regirá por ley especial en beneficio de la región y del país. Artículo 391. I. El Estado priorizará el desarrollo integral sustentable de la amazonia boliviana, a través de una administración integral, participativa, compartida y equitativa de la selva amazónica. La administración estará orientada a la generación de empleo y a mejorar los ingresos para sus habitantes, en el marco de la protección y sustentabilidad del medio ambiente. II. El Estado fomentará el acceso al financiamiento para actividades turísticas, ecoturísticas y otras iniciativas de emprendimiento regional. III. El Estado en coordinación con las autoridades indígena originario campesinas y los habitantes de la amazonia, creará un organismo especial, descentralizado, con sede en la amazonia, para promover actividades propias de la región. Artículo 392. I. El Estado implementará políticas especiales en beneficio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de la región para generar las condiciones necesarias para la reactivación, incentivo, industrialización, comercialización, protección y conservación de los productos extractivos tradicionales. II. Se reconoce el valor histórico cultural y económico de la siringa y del castaño,

simbolos de la amazonia boliviana, cuya tala será penalizada, salvo en los casos de interés público regulados por la ley.

CAPÍTULO NOVENO: TIERRA Y TERRITORIO: Artículo 402. El Estado tiene la obligación de: 1. Fomentar planes de asentamientos humanos para alcanzar una racional distribución demográfica y un mejor aprovechamiento de la tierra y los recursos naturales, otorgando a los nuevos asentados facilidades de acceso a la educación, salud, seguridad alimentaria y producción, en el marco del Ordenamiento Territorial del Estado **y la conservación del medio ambiente.**

Brasil

La base de la protección del medio ambiente en la Constitución de Brasil se encuentra en el Título VIII, Capítulo VI, Del Medio Ambiente, donde en su artículo 225 se señala: "Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado". Posteriormente le impone deberes al Poder Público para poder preservar el medio ambiente, con el fin de proteger a generaciones presentes y futuras⁷. Otros capítulos que tienen relevancia medio ambiental son: En el Capítulo II, del Título II, se delega a la Unión la competencia para proteger el medio ambiente y la preservación de los recursos forestales, la flora y la fauna. En el Capítulo IV, del mismo Título, se impone la función al Ministerio Público de promover la acción privada y pública, para la protección del medio ambiente. En el Título VII, en su Capítulo I, podemos presenciar la defensa del medio ambiente

⁷ Cifuentes, Marisela, y Cifuentes, Saul. El siguiente artículo, aunque se refiere al caso de México, también incorpora interesantes reflexiones sobre la situación de varios países sudamericanos "El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado en México". 2000. Disponible en Web < http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/04/MEDIO_AMBIENTE_MEXICO.htm > : "A raíz de lo anterior nace la siguiente discusión: ¿Se pueden garantizar derechos a generaciones que todavía no existen? Para asegurar la efectividad del derecho en esta Constitución se le imponen un listado de deberes que debe cumplir el Poder Público, con el fin de garantizar, conservar y proteger este derecho. En los numerales segundo y tercero del mismo artículo se establece responsabilidad respecto de aquellos que extraen recursos naturales, se señala que ellos deben reponer el medio ambiente degradado. Por otra parte, a aquellos que realicen actos lesivos contra el medio ambiente ecológicamente equilibrado, tendrán la responsabilidad penal y administrativa que corresponda, además de la obligación de reponer lo dañado. Por su parte, el numeral cuarto dispone "La floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato Grossense y la zona Costera son patrimonio nacional", en consecuencia, les concede una especial protección, tomando en consideración que se debe mantener el equilibrio ecológico. El numeral sexto del mismo artículo limita las instalaciones de fábricas que operen con reactor nuclear, cuya locación debe ser definida por ley federal, ya que además del ambiente se protege la salud de los habitantes, dos derechos que están estrechamente vinculados. Podría pensarse que la Constitución brasileña incurre en la misma deficiencia que las constituciones de Portugal y España, por establecer este artículo en el Título sobre el orden social y no en el de los derechos y deberes individuales y colectivos. No obstante, se trata de un derecho subjetivo. El artículo 5º del mismo documento establece su categoría fundamental, al expresar la inviolabilidad del derecho a la vida, y por otra, que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o para el medio ambiente, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y de los gastos de sucumbencia. Este mismo artículo dice: "los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte".

como principio general de la actividad económica. El Título VIII, Capítulo VI, en lo relativo al orden social, además del artículo 225, el artículo 200 dispone que al sistema único de salud le corresponde colaborar con la protección del medio ambiente, entre otras atribuciones de las que goza. El Capítulo VIII, llamado De Los Indios, en su artículo 231, no solo trata de la protección a su ambiente cultural, sino que también de su medio ambiente natural. Entendiéndose por esta la conservación del suelo, sus recursos naturales, hidráulicos, y su cultura ambiental. El numeral sexto del artículo 231 sanciona con la nulidad, dejando sin efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a que se refiere este artículo. En los párrafos siguientes se presentan estas normas de la Constitución brasileña:

TÍTULO: DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES. CAPÍTULO I: DE LOS DERECHOS Y DEBERES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS. **Art. 5.** Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: LXXII.- cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, **para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural**, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y de los gastos de sucumbencia; CAPÍTULO II: DE LA UNIÓN: **Art. 23.** Es competencia común de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios: **VI.- proteger el medio ambiente y combatir la polución en cualquiera de sus formas;** VII.- preservar las florestas, la fauna y la flora⁸.

CAPÍTULO V: DE LAS FUNCIONES ESENCIALES DE LA JUSTICIA: Sección I. Del Ministerio Público: **Art. 129.** Son funciones del Ministerio Público: III.- promover la demanda civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos.

CAPÍTULO III: DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA Y TERRITORIAL Y DE LA REFORMA AGRARIA: **Art. 186.** La función social se cumple cuando la propiedad rural atiende, simultáneamente, según los criterios y los grados de exigencia establecidos en la ley, a los siguientes requisitos: II.- utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente; TÍTULO VIII. DEL ORDEN SOCIAL. CAPÍTULO I: DISPOSICIÓN GENERAL: Sección II. De la

⁸ También debe considerarse este artículo: Art. 24. Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: VI.- florestas, caza, pesca, fauna, conservación a la naturaleza, defensa del suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución; VII.- protección del patrimonio histórico, cultural, turístico y paisajístico; VIII.- responsabilidad por daños al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

Salud: **Art. 200.** Al sistema único de salud le corresponde, además de otras atribuciones, en los términos de la ley: VIII.- colaborar en la protección del medio ambiente, incluyendo el de trabajo⁹.

CAPÍTULO VI: DEL MEDIO AMBIENTE: Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. 1°. Para asegurar la efectividad de este derecho, incumbe al poder público: preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y procurar el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas; preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético; definir en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes para ser objeto de especial protección, permitiéndose la alteración y la supresión solamente a través de ley, prohibiéndose cualquier uso que comprometa la integridad de los elementos que justifican su protección; exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental, al que se dará publicidad; controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que supongan riesgos para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente; promover al educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la conciencia pública para la preservación del medio ambiente; proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad. 2°. Los que explotasen recursos minerales quedan obligados a reponer el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley. 3°. Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas,

⁹ Esta materia se encuentra regulada en el Título VII del Orden Económico y Financiero: Capítulo I De los principios generales de la actividad económica, y comprende los siguientes artículos de contexto: Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: VI.- Defensa del medio ambiente; Art. 174. Como agente normativo y regular de la actividad económica, el Estado ejercerá, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, incentivación y planificación, siendo esta determinante para el poder público e indicativo para el privado. 3°. El Estado favorecerá la organización de la búsqueda de minerales preciosos en cooperativas, teniendo en cuenta la protección del medio ambiente y la promoción económica social de los buscadores. También es relevante: Capítulo V De la comunicación social: Art. 220. La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la formación, bajo cualquier proceso o vehículo, no sufrirán ninguna restricción observándose lo dispuesto en esta Constitución. 3°. Corresponde a la ley Federal: II.- Establecer los medios legales que garanticen a la persona y a la familia la posibilidad de defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el art. 221, así como de la publicidad de productos, prácticas y servicios que puedan ser nocivos a la salud y al medio ambiente.

a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado. 4°. La floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato Grossense y la zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo lo referente al uso de los recursos naturales. 5°. Son indisponibles las tierras desocupadas o las adquiridas por los Estados, a través de acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales. 6°. Las fábricas que operen con reactor nuclear deberán tener su localización definida en ley federal, sin la cual no podrán instalarse¹⁰.

Chile

En la Constitución Política de Chile la protección del medio ambiente está ubicada en el Capítulo III, llamado "De los Derechos y Deberes Constitucionales", bajo el artículo 19 numeral 8. Este numeral a la vez se encuentra protegido por la acción cautelar de protección, establecida en el artículo 20 inciso segundo. La vigencia efectiva de este derecho se garantiza a) Mandando al Estado velar porque no sea afectado; y, b) Haciendo procedente el Recurso de Protección cuando sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. Luego de la reforma del 2005 se introdujo la protección para las acciones u omisiones, antes solamente existía este recurso para las acciones. Este mismo derecho se encuentra protegido en el numeral 24 del mismo artículo, que al establecer el ejercicio del derecho de propiedad impone como limitación la función social que deriva del mismo, luego señala que esta función comprende la conservación del patrimonio ambiental. En consecuencia, con lo anteriormente citado, se limita el ejercicio del derecho de propiedad imponiendo la obligación de conservar el patrimonio ambiental¹¹.

¹⁰ La Constitución contempla también ideas centrales en relación con los pueblos indígenas: Capítulo VIII: De los indios. Art. 231. Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes. 1°. Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones. 3°. El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley. 6°. Son nulos y quedan extinguidos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a que se refiere este artículo, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes, salvo por caso de relevante interés público de la Unión, según lo dispusiese una ley complementaria, no generando la nulidad y extinción derecho a indemnización o acciones contra la Unión, salvo en la forma de la ley, en lo referente a mejoras derivadas de la ocupación de buena fe.

¹¹ Capítulo III: De los derechos y deberes constitucionales. Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 8°.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La

Colombia

La Constitución colombiana tiene una extensa normativa de contenido ambiental¹². Los artículos fundamentales son los 46 y 50: Artículo 46: "Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. Artículo 50: "Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Además, deben considerarse lo siguientes artículos de la Constitución: CAPÍTULO II: DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES: ARTÍCULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social con ella se busca el acceso al conocimiento, a la

ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente; 24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

¹² UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, Facultad de Derecho. Texto disponible en Web en la siguiente dirección: http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/derechos_colectivos_2.html. En el Capítulo III de la Constitución, bajo el Título II, se hace especial énfasis en los derechos llamados de tercera generación, que tienen por objeto garantizar nuevos derechos no reconocidos por ordenamientos antiguos, además este capítulo está relacionado con la protección del ambiente. Si atendemos a la historia de la humanidad, podemos ver que los derechos colectivos y especialmente el derecho a gozar de un medio ambiente sano no es algo tan nuevo como parece. En las comunidades primitivas de América existían normas de protección ambiental sumamente avanzadas que sociedades contemporáneas que pretendan aplicar efectivamente la idea del desarrollo sostenible podrían rescatar para aplicarlas a las actuales condiciones del hombre y de la protección ambiental. La Constitución Política de Colombia consagra y establece principalmente la protección del medio ambiente en su Capítulo III, "De los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente", sin perjuicio de aquello, esta Constitución en diversos artículos incluye como principio la protección del medio ambiente, la naturaleza y el aprovechamiento de los recursos naturales. Es importante tener en consideración que Colombia refuerza el tema ambiental a través de la educación pensando no sólo en una generación presente, sino también de que exista una conciencia de sustentabilidad ambiental para el futuro. En el presente texto legal la protección del medio ambiente se incorpora como una obligación o función que deben cumplir diversos organismos del Estado, como la Contraloría y los Municipios. Es necesario considerar que tanto Colombia como Bolivia tienen normativas aplicables a territorios específicos, los cuales tienen una gran relevancia en cuanto a su sustentabilidad natural y biodiversidad, a quienes les entrega un mayor énfasis en su normativa. Cuando se dice que Colombia tiene una "Constitución verde", hay que remitirse al artículo 79, que es el centro de todos los demás artículos que regulan esta materia. Dadas las características de las ciencias ambientales contemporáneas y las serias modificaciones que estas vienen introduciendo en la idea misma del desarrollo económico y social, es urgente una seria reflexión sobre la protección ambiental en Colombia.

ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico **y para la protección del ambiente.** CAPÍTULO III: DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE: ARTÍCULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. ARTÍCULO 80: El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. ARTÍCULO 81: Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos. El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional. ARTÍCULO 88: La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, **el ambiente**, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

CAPÍTULO V: DE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES. ARTÍCULO 95: La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: **8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.**

TÍTULO X. DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL. CAPÍTULO I: DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: ARTÍCULO 268: El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: **7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.** ARTÍCULO 277: El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: **4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.**

TÍTULO XI: DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL: CAPÍTULO I: DE LAS DISPOSICIONES GENERALES: ARTÍCULO 289: Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos **y la preservación del ambiente**. ARTÍCULO 300. Corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas: 2. Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, **el ambiente**, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera¹³.

CAPÍTULO III: DEL RÉGIMEN MUNICIPAL. ARTÍCULO 317: Solo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución de valorización. **La ley destinará un porcentaje de estos tributos, que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción.**

CAPÍTULO IV: DEL RÉGIMEN ESPECIAL. ARTÍCULO 331: Créase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, encargada de la recuperación de la navegación, **de la actividad portuaria, la adecuación y la conservación de tierras, la generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables**. La ley determinará su organización y fuentes de financiación, y definirá a favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación.

TÍTULO XII: DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA: CAPÍTULO I: DE LAS DISPOSICIONES GENERALES. ARTÍCULO 333: **La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación**¹⁴.

¹³ Artículo 310. El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador. Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago.

¹⁴ El artículo comienza con el siguiente párrafo: "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni

ARTÍCULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. **Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.** El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones¹⁵.

Ecuador

La actual constitución de la República del Ecuador, vigente a partir del 20 de octubre del 2008, considera a la naturaleza como sujeto de derecho y ya no objeto de derecho. Art. 71: La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

En la Constitución Política de Ecuador, la regulación ambiental se encuentra en el Capítulo Segundo, Derechos del Buen Vivir, en su sección segunda "Ambiente Sano, en que el artículo 14 lo reconoce como un derecho de la población, que garantiza un ambiente sano y ecológicamente equilibrado¹⁶. En el artículo 15 le impone el deber al Estado de promover este derecho, incentivar la tecnología para evitar un fuerte impacto ambiental y repudia las armas químicas, biológicas y nucleares, ya que atentan directamente y en grandes proporciones al

requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional".

¹⁵ También procede considerar este artículo: Capítulo IV De la distribución de recursos y de las competencias: artículo 361. Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

¹⁶ Pozo, Rolando: "Conflictos socio ambientales en las áreas de influencia del campo libertador, provocados por la extracción petrolera de la filial petro-producción en la región amazónica ecuatoriana 2010". Disponible en Web. Pozo señala que "La nueva Carta Magna ecuatoriana está inspirada en la filosofía del "buen vivir", que promueve la convivencia en armonía con la naturaleza o Pacha Mama, mediante el cuidado de la biodiversidad, de los recursos naturales, de la biosfera y del patrimonio natural. Pero el texto constitucional va un paso más allá y consagra uno de sus capítulos a otorgar a la naturaleza derechos exigibles jurídicamente".

medio ambiente. En esta Constitución se incorpora este derecho dentro de dos garantías esenciales de las personas: educación y protección a la salud. El artículo 27 dispone que uno de los principios de la educación es el respeto al medio ambiente. El artículo 32 lo vincula con el ejercicio del derecho a vivir en un ambiente sano. En el Capítulo Sexto, como derecho de libertad, se reitera y reafirma lo que señala el artículo 14, señalando que el derecho a vivir en un medio ambiente sano es una libertad y a contrario sensu, vivir en un medio ambiente degradado es una privación de ésta. El Capítulo Séptimo de esta Constitución habla de "Derechos de la Naturaleza", otorgándole a la naturaleza o Pacha Mama la calidad de sujeto de derecho. El derecho de la naturaleza, no solo se encuentra de forma pasiva, prohibiendo ejecutar actos que dañen el ecosistema, sino que también de forma activa, ya que existe el derecho de restauración. Dentro de las responsabilidades de los ciudadanos de Ecuador, está el deber de respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible. El Capítulo III, en su artículo 258, inciso segundo, les otorga a las personas residentes en la provincia de Galápagos, acceso preferente a los recursos naturales y actividades ambientales sustentables de la zona.

Capítulo sexto: Derechos de libertad: Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.

Capítulo séptimo. Derechos de la naturaleza: Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73. El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el

patrimonio genético nacional. Art. 74. "Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado".

Desde el artículo 395 de la Constitución actual (20 de octubre del 2008) se establecen los principios ambientales, los mismos que son: Capítulo segundo. Biodiversidad y recursos naturales. Sección primera. Naturaleza y ambiente. Art. 395. La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: 1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. 2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional. 3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales. 4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza. Art. 396. El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles. Art. 397. En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recae sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones

legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. 2. Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales. 3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente. 4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado. 5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad. Art. 398. Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. Art. 399. El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.

Sección segunda. Biodiversidad. Art. 400. El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país. Art. 401. Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y sólo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales. Art. 402. Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos

derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. Art. 403. El Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza.

Sección tercera. Patrimonio natural y ecosistemas. Art. 404. El patrimonio natural del Ecuador único e invaluable comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor desde el punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exige su protección, conservación, recuperación y promoción. Su gestión se sujetará a los principios y garantías consagrados en la Constitución y se llevará a cabo de acuerdo al ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, de acuerdo con la ley. Art. 405. El sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El sistema se integrará por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado, y su rectoría y regulación será ejercida por el Estado. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión. Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley. Art. 406. El Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinos costeros. Art. 407. Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Sección cuarta. Recursos naturales. Art. 408. Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado

garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

Sección quinta. Suelo. Art. 409. Es de interés público y prioridad nacional la conservación del suelo, en especial su capa fértil. Se establecerá un marco normativo para su protección y uso sustentable que prevenga su degradación, en particular la provocada por la contaminación, la desertificación y la erosión. En áreas afectadas por procesos de degradación y desertificación, el Estado desarrollará y estimulará proyectos de forestación, reforestación y revegetación que eviten el monocultivo y utilicen, de manera preferente, especies nativas y adaptadas a la zona. Art. 410. El Estado brindará a los agricultores y a las comunidades rurales apoyo para la conservación y restauración de los suelos, así como para el desarrollo de prácticas agrícolas que los protejan y promuevan la soberanía alimentaria.

Sección sexta. Agua. Art. 411. El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua. Art. 412. La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico.

Sección séptima. Biosfera, ecología urbana y energías alternativas. Art. 413. El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua. Art. 414. El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo. Art. 415. El Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes. Los gobiernos autónomos descentralizados desarrollarán programas de uso racional del agua, y de reducción, reciclaje y tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos. Se incentivará y facilitará el transporte terrestre no motorizado, en especial mediante el establecimiento de ciclovías. En el proceso

de elaboración de la actual Constitución se recopiló lo dispuesto en convenios y tratados internacionales, por lo que muchos de los principios establecidos se plasman en la misma.

Paraguay

La Constitución de Paraguay también contempla materias de contenido ambiental, pero se distancia de las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, en el sentido que sus normas tienden a ser menos ideológicas y más cercanas al estilo y brevedad de la Constitución de Chile¹⁷.

TITULO II. DE LOS DERECHOS, DE LOS DEBERES Y DE LAS GARANTÍAS. CAPÍTULO I. DE LA VIDA Y DEL AMBIENTE. SECCIÓN II. DEL AMBIENTE: **ARTÍCULO 7 - DEL DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE.** Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.

ARTÍCULO 8 - DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL. Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

¹⁷ Merlo, Ricardo "EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL: MESA REDONDA". Disponible en Web <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VI ProgramaRegional>. En la Constitución Nacional de Paraguay de 1967, modificada en 1992, en su artículo 7, consagró el derecho de todo ciudadano a gozar de un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado y en el artículo 8 emitió un mandato al Poder Legislativo diciendo que el delito ecológico será definido y sancionado por ley, así como que todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar. Este artículo es importante, pues la tipificación de los delitos contra el ambiente no fue una decisión legislativa, sino un mandato de la Asamblea Nacional Constituyente. La obligación establecida es la de recomponer e indemnizar y como usa la conjunción e tiene incidencia en las resoluciones judiciales, porque es una obligación constitucional que el juez, al momento de resolver casos en esta materia, resuelve sobre estos ítems, es decir, la recomposición e indemnización unidas. De esta manera, no hay una sin la otra, dado que la sentencia, entonces, no estaría cumpliendo con el precepto constitucional. En el artículo 38, "Del Derecho de la Defensa del Interés Público", existe un mecanismo para reclamar medidas de defensa del medio ambiente a las autoridades, menciona que toda persona tiene derecho a reclamar individual o colectivamente a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente. Claramente establece la legitimación activa amplia para que todo ciudadano pueda reclamar, a todas las autoridades, la defensa del ambiente. La defensa y la preservación del medio ambiente es base de la reforma agraria, según lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución.

ARTÍCULO 38 - DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo.

ARTÍCULO 115 - DE LAS BASES DE LA REFORMA AGRARIA Y DEL DESARROLLO RURAL. La reforma agraria y el desarrollo rural se efectuarán de acuerdo con las siguientes bases: **7. la defensa y la preservación del ambiente;**

ARTÍCULO 168 - DE LAS ATRIBUCIONES. Serán atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley: 1. la libre gestión en materias de su competencia, particularmente en las de urbanismo, **ambiente**, abasto, educación, cultura, deporte, turismo, asistencia sanitaria y social, instituciones de crédito, cuerpos de inspección y de policía.

Perú

Como señala Valentín Bartra, “en el Perú se ha consagrado la protección del medio ambiente desde el nivel más alto del ordenamiento jurídico al incluir su regulación en las Cartas Políticas de manera expresa, así lo comprobamos en la Constitución de 1979, 1993 y los artículos recientemente aprobados de la reforma de la Constitución. Esta protección se hace evidente a nivel constitucional desde 1979, cuando se regula por primera vez en el artículo 123° el derecho de todos los peruanos a habitar en un ambiente saludable. Años después, luego de la Cumbre de la Tierra que se dio en Río de Janeiro en 1992, esta protección se amplió mediante sendos artículos expresados en la Carta Política de 1993. Este proceso continúa hasta el día de hoy mediante el proceso de Reforma Constitucional establecida mediante la Ley 27.600 del 15 diciembre 2001. Las normas de protección del medio ambiente se han incorporado en el nivel más alto del ordenamiento jurídico, es decir, en las Constituciones de muchos países. Perú no ha sido ajeno a esta evolución. Para estos efectos es preciso señalar a manera de punto de partida la Carta Política de 1993. En ella por primera vez se incorpora “el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” dentro del catálogo de derechos fundamentales, como lo vemos en el artículo segundo, en su numeral 22, que consagra un derecho a tener una buena calidad de vida, lo que incluye vivir en un medio ambiente equilibrado con el fin de tener paz y tranquilidad. En el Capítulo II, “Del Ambiente y de los recursos Naturales, se reglamenta el aprovechamiento de los recursos naturales y no renovables concediéndoselo al Estado, por lo que los particulares lo pueden adquirir a través de una ley orgánica que regula su utilización y aprovechamiento o por concesiones. Los artículos 67, 68 y 69 del mismo Capítulo otorgan la función y obligación del Estado en cuanto a la

protección y promoción del medio ambiente, la biodiversidad ecológica y la promoción del desarrollo sostenible de la Amazonía. También tienen funciones ecológicas los gobiernos regionales y locales”¹⁸. Una disposición central se encuentra en el artículo 2, que dispone que toda persona tiene derecho: N° 22: A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

CAPÍTULO II. DEL AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES. Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. **Artículo 67°.-** El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. **Artículo 68°.-** El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. **Artículo 69°.-** El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

CAPÍTULO XIV. DE LA DESCENTRALIZACIÓN. Artículo 192°.- Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. Son competentes para: Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud **y medio ambiente**, conforme a ley. **Artículo 195°.-** Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para: **Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.**

Uruguay

Como señala Emilio Biasco, “la primera constatación que corresponde realizar es que el texto constitucional reformado (C. art. 47), no reconoce en forma expresa el derecho al ambiente. Solamente se procede a declarar de interés general la protección del medio ambiente, es decir, que sólo se establece el amparo del ambiente. No obstante lo cual, el derecho a un medio ambiente sano como

¹⁸ Bartra, Valentín, “La Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales en la Nueva Constitución del Perú”. Disponible en Web <<http://www.scielo.org.pe/pdf>.

tal, surge clara y ampliamente del Protocolo Adicional a la CADH al disponer que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; imponiendo a los Estados Partes la promoción de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (art. 11). Asimismo corresponde señalar que –de acuerdo a importantes orientaciones del derecho comparado– la ubicación de la protección del ambiente debió integrar el art. 34 de la Constitución, referido a la protección de toda la riqueza artística o histórica del país, constitutiva del denominado tesoro cultural de la Nación; cuyo macro conjunto debiera integrarse además con las normas que regulan el bien jurídico salud”. El jurista mencionado agrega que “el texto constitucional uruguayo parece admitir la modalidad jusfilosófica de formulación de los derechos y libertades, tales como: a) los derechos inherentes a la personalidad humana; b) entendidos como si preexistiesen a su consagración constitucional; c) y como si fueran independientes de su mención en la Constitución. La formulación normativa parece querer significar que son supraconstitucionales, de modo que la Constitución no podría crearlos ni suprimirlos, sino que sólo podría declararlos; considerando que regirían independientemente de la voluntad del propio Cuerpo Electoral¹⁹.

Según Postiglione, la aparición de la categoría de daño ambiental presupone el concepto de ilícito ambiental como categoría jurídica unitaria y general, definible como todo perjuicio (reversible o irreversible) causado a las personas, a los animales, a las plantas, y a otros recursos naturales (agua, aire, suelo) y a las cosas, ocasionado directa o indirectamente mediante cualquier actividad dolosa o culposa, consistente en una ofensa al derecho al ambiente, que algún ciudadano ejerce, individual o colectivamente, ya se encuentre en el territorio donde se desarrolle el daño, ya se encuadre dondequiera que sea en la colectividad nacional; la evaluación de impacto ambiental, y la mutación del carácter neutro del urbanismo tradicional hacia un modelo de planificación y ordenación del territorio caracterizado desde una instancia de contenido común: el respeto y la promoción ambiental.

¹⁹ También señala que: El texto de la Constitución uruguayo se limita a formular algunos aspectos esenciales del ambiente: A) Reconoce al medio ambiente la calidad de bien jurídico. B) Le confiere un sistema de garantías específicas, a saber: a) declarar de interés general su protección; b) generar la obligación de abstenerse de perjudicarlo; y c) prever el establecimiento de sanciones contra los transgresores. Por otra parte, si bien el art. 71 de la Constitución no incluye el derecho a la protección del ambiente; por aplicación sistemática de los arts. 7, 34, 44, 72 y 332, esa protección existe, y puede reclamarse en todos los niveles. El art. 47 configura una posición jurídica subjetiva mixta (activa y pasiva) de los habitantes en relación a la protección del medio ambiente, caracterizable -desde el punto de vista activo- como interés legítimo, atento a que: a) Se establece el poder-deber del Estado-legislador de ejercer su potestad legislativa, procurando que los habitantes no lesionen el ambiente. b) Paralelamente se genera un interés legítimo de los habitantes, que les permite demandar que se ordene al Estado a expedir las leyes respectivas en términos prudenciales y solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos que no se ajustaren al programa allí establecido. c) En la 20ª oración del art. 47 se establece el deber de abstenerse de causar daño ambiental.

Por su parte Chiari señala que el daño al ambiente se encuentra concebido por la norma como daño a toda la colectividad, como lesión de un interés difuso, atinente a una pluralidad de posiciones subjetivas indistintas, bajo el perfil de la titularidad del derecho, perteneciente a un sujeto componente de la colectividad. A los efectos de la responsabilidad civil, daño ambiental es el sufrido por un sujeto de su propia persona como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental, en sus bienes, que integran el ambiente, o cuando resultan dañados por agresión al ambiente; también puede comprender a bienes considerados res nullius.

"La Constitución Política de Uruguay eleva a la calidad de interés general la protección del medio ambiente en la Sección II, "Derechos, Deberes y Garantías", Capítulo II, además impone la obligación de abstenerse de realizar cualquier acto que perjudique al medio ambiente, en donde la ley sancionara a quienes lo hagan. Posteriormente en el mismo artículo se reglamenta la protección del agua, ya que se considera un recurso natural esencial para la vida humana"²⁰.

SECCIÓN II: DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS: CAPÍTULO II: Artículo 47.-
La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento constituyen derechos humanos fundamentales. 1) La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en: a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza; b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas; c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones; d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto. 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico. 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de

²⁰ Biasco, Emilio "Introducción al Estudio de los Deberes Constitucionales". Disponible en Web <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/deberesconstitucionales.PDF>>

agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales. 4) La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.

Venezuela

Como se explicó por parte de los representantes venezolanos durante un encuentro del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente²¹, “la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dedica todo un capítulo a los derechos ambientales en su Capítulo IX. En tal sentido, en su artículo 127, contempla: el derecho y el deber de cada generación de proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro; el derecho individual y colectivo a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado; el deber del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica, así como la obligación del Estado, con participación de la sociedad, de garantizar un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos; y la prohibición de patentar genoma de los seres vivos. El artículo 128, del citado texto constitucional, contempla el deber del Estado de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana”.

La Constitución venezolana establece en su artículo 129 la obligación de efectuar un estudio de impacto ambiental y sociocultural, en lo que respecta a todas aquellas actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas. “En este mismo artículo se establece la obligación del Estado de impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Asimismo, en el citado artículo se prevé la obligación de que en los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considere incluida, aun cuando no estuviese expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenientes y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley. Otro aspecto de especial relevancia contenido

²¹ Se trata del Sexto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales del PNUMA-ORPALC, realizado en Santiago entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2009, y en el que me tocó exponer en una de las conferencias.

en el texto constitucional es la obligatoriedad de la educación ambiental en los niveles y modalidades del sistema educativo, así como en la educación no formal. En general, lo ambiental es transversal a lo largo del texto constitucional que debe ser observado en las acciones de desarrollo del país”²².

TÍTULO II: DEL ESPACIO GEOGRÁFICO Y LA DIVISIÓN POLÍTICA: Capítulo I: Del Territorio y demás Espacios Geográficos: Artículo 15. El Estado tiene la responsabilidad de establecer una política integral en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos, preservando la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, **la diversidad y el ambiente**, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social y la integración. Atendiendo la naturaleza propia de cada región fronteriza a través de asignaciones económicas especiales, una Ley Orgánica de Fronteras determinará las obligaciones y objetivos de esta responsabilidad.

Capítulo VII: De los Derechos Económicos: Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, **protección del ambiente u otras de interés social**. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Capítulo IX: De los Derechos Ambientales: Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bio-éticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Artículo 128. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales,

²² Disponible en Web < <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIPrograma/Venezuela.pdf>>

culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento.

Artículo 129. Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y sociocultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas. En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

Capítulo II: De la Competencia del Poder Público Nacional: Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: La política y la actuación internacional de la República. 23. Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, **ambiente**, aguas, turismo, ordenación del territorio.

Capítulo IV: Del Poder Público Municipal: Artículo 178. Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas: **4.- Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil.**

Capítulo IV: Del Poder Público Municipal: Artículo 184. La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo: La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, **ambiente**, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, pre-

vención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.

La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estatales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción. La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas. La participación de los trabajadores y trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas en las cuales aquellas tengan participación.

TÍTULO VI: DEL SISTEMA SOCIOECONÓMICO: Capítulo I: Del Régimen Socioeconómico y de la Función del Estado en la Economía: Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, **protección del ambiente**, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.

III. Conclusiones preliminares

En los últimos años, varios países de la región han realizado reformas constitucionales. Entre las materias que han sido objeto de cambios (o nuevas normativas) se encuentra el medio ambiente. Más aún, es posible observar en varias Constituciones con reformas recientes una extensa mención a los temas ambientales, permeando la materia en aspectos constitucionales diversos. En general, el medio ambiente es entendido como un derecho de las personas. Así, varias Constituciones, como la chilena, sitúan el tema en la sección de garantías fundamentales. Un caso especialmente novedoso es el de la Constitución

de Ecuador, que establece que la naturaleza (Pacha Mama) es un sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico de ese país. Más aún, la Constitución de Ecuador, reforzando la idea anterior, establece que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Ciertamente, esta es una materia compleja, respecto de la cual se ha discutido mucho tanto en el contexto del derecho constitucional como en el de teoría y filosofía del derecho. Lo relevante aquí es precisamente que no se trata de una reflexión o debate académico, sino que de una consagración constitucional. También es interesante observar que a Constitución de Ecuador entiende al medio ambiente como una forma de libertad: "el derecho a vivir en un medio ambiente sano es una libertad y a contrario sensu, vivir en un medio ambiente degradado es una privación de ésta". Por su parte, la Constitución de Venezuela establece que la protección del medio ambiente es un derecho y un deber de los habitantes de la república.

Es posible observar en varias Constituciones de la región la incorporación de ideas, principios, valores, y normas establecidos en tratados internacionales sobre medio ambiente. Aquí hay una manifestación del fenómeno de endurecimiento eventual de las normas de "soft-law". Esta es una materia que podría ser objeto de una investigación específica. Por otra parte, también puede analizarse desde la perspectiva de la incorporación de las normas de derecho internacional en el ordenamiento jurídico de un Estado. Ciertamente, tal análisis y debate deja de tener sentido desde el momento que las ideas, principios e instituciones en discusión pasan a ser parte de la Constitución de un Estado.

Otro aspecto interesante es la relación entre medio ambiente y recursos naturales. En efecto, las nuevas constituciones subrayan la importancia de los recursos naturales y el rol central que juega el Estado a su respecto. Los recursos pertenecen al Estado, pueden ser objeto de concesiones y apropiaciones, pero siempre contra prestaciones importantes que se deben al Estado. Un recurso especialmente considerado es el agua.

También es interesante la relación entre medio ambiente y pueblos indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas se fortalecen y se asocian directamente con el medio ambiente. Detrás de tales normas existe también la convicción y el deseo de promover estilos de vida más cercanos a las tradiciones precolombinas, y más alejados de las tendencias contemporáneas de desarrollo económico individual.

La primera pregunta que surge al analizar estos desarrollos e incorporaciones temáticas en las Constituciones es si se trata de una sana técnica legislativa. Lo anterior puede considerarse al menos en dos sentidos: ¿es la Constitución el espacio adecuado para regular en detalle los temas ambientales o debieran éstos ser parte de textos legales y reglamentarios? Y muy relacionado con lo

anterior, ¿debiera considerarse adeudado y deseable consagrar en la Constitución numerosos valores y opciones de contenido ambiental que tienen directa relación con otros temas del ordenamiento jurídico, como por ejemplo el uso del suelo, el régimen jurídico del agua y de los demás recursos naturales, temas de propiedad y de repartición de beneficios? Más allá de intentar una respuesta en estas breves líneas, materia que debiera ser objeto de una investigación separada, sí me interesa subrayar que las opciones que el constituyente adoptó en Bolivia, Ecuador y Venezuela tienen profundos efectos en el ordenamiento jurídico nacional como en su conjunto y también en la forma en que esos países desean avanzar durante las próximas décadas. Se trata, en efecto, de verdaderas revoluciones políticas, económicas, sociales y legales, que generarán profundos efectos en esas sociedades. El tiempo irá diciendo si tales opciones fueron acertadas o no, si lograron o no un mejor medio ambiente para las personas y si preservaron de mejor manera el entorno natural. También el tiempo dirá si tales opciones promovieron y aportaron al desarrollo de esos pueblos y si, en definitiva, avanzaron más que otros en la senda del desarrollo sustentable.

IV. Referencias

Bartra, Valentín, "La Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales en la Nueva Constitución del Perú". Disponible en Web <<http://www.scielo.org.pe/pdf>.

Biasco, Emilio. "Introducción al Estudio de los Deberes Constitucionales". Disponible en Internet.

Cafferatta, Nestor A. "El Derecho Ambiental en la Región: Estado y Avance, Instituciones Innovadoras". VI Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales. PNUMA/ORPALC. Santiago, noviembre 2009.

Cifuentes, Marisela, y Cifuentes, Saúl. "El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado en México. 2000". Disponible en Web: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/04/MEDIO_AMBIENTE_MEXICO.htm

Constitución Política de Colombia. 1990.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.

Constitución de la Nación Argentina. 1994.

Constitución Política de la República Federativa del Brasil, de 1998.

Constitución Política de la República de Chile. 1980.

Constitución de la República del Ecuador. 2008.

Constitución Política de la Republica Oriental de Uruguay, de 1967.

Constitución de la Republica de Paraguay. 1992.

Constitución Política del Estado de Bolivia. 2009.

Constitución Política del Perú. 1993.

Iturralde, Diego. "Constitucionalismo Ambiental e Institucionalidad Ambiental en la Región: Experiencias Nacionales". VI Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales. PNUMA/ORPALC. Santiago, noviembre 2009.

Merlo, Ricardo. "El ministerio público fiscal y la protección ambiental: mesa redonda". Disponible en Web <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional>>.

PNUMA-ORPALC. Sexto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, realizado en Santiago entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2009.

Pozo, Rolando. "Conflictos socioambientales en las áreas de influencia del campo libertador, provocados por la extracción petrolera de la filial petro-producción en la región amazónica ecuatoriana 2010". Disponible en Web.

Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio

Paulina Riquelme Pallamar

Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile
LLM en Derecho Ambiental y Energético Universidad de Tulane
Profesora de Postítulo de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Paula Medina Fuentes

Abogada Universidad de Chile
Diplomada en Derecho Ambiental
Pontificia Universidad Católica de Chile

Daniela Bustos Peñailillo

Abogada Universidad de Chile

Resumen: El año 2010 ha sido un año relevante para la gobernabilidad ambiental. Se inició con la publicación el 26 de enero de 2010 de la Ley N° 20.417, que introduce cambios significativos a la institucionalidad ambiental, al sistema de evaluación de impacto ambiental y establece nuevas reglas del juego en materia de fiscalización y sanción ambiental. En este contexto, este trabajo propone una reflexión sobre esta importante reforma desde su filosofía subyacente y los criterios de diseño regulatorio utilizados. Estos criterios son analizados desde la perspectiva del modelo institucional original de la Ley N° 19.300 y de una breve revisión de los principales criterios de diseño regulatorio ambiental desarrollados por la doctrina y aplicados por distintos ordenamientos jurídicos comparados, particularmente en relación a la organización de la institucionalidad ambiental y de los instrumentos de gestión ambiental disponibles.

I. Introducción

En el contexto de la Ley N° 20.417, que reforma la institucionalidad ambiental, creada el año 1994 por la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LGBMA), el presente trabajo propone una reflexión sobre esta reforma considerando los criterios de diseño regulatorios ambientales inspiradores de ambos cuerpos legales, y de los supuestos que sustentan el modelo vigente en nuestro país, tanto en su dimensión institucional como respecto de los instrumentos de gestión ambiental consagrados en la normativa.

De esta forma, este trabajo presenta una mirada a la reforma ambiental desde la filosofía subyacente y los criterios de diseño utilizados en nuestro país. Con este objetivo, el presente trabajo se inicia con una breve revisión de los principales criterios de diseño regulatorio ambiental desarrollados por la doctrina y aplicados por distintos ordenamientos jurídicos comparados, particularmente en relación a la organización de la institucionalidad ambiental y de los instrumentos de gestión ambiental escogidos. En base a lo anterior, se analizan los supuestos y criterios de diseño aplicados en la Ley N° 19.300 y, posteriormente, en la Ley N° 20.417; a fin de reflexionar sobre el estado actual de nuestro diseño regulatorio, en cuanto a los criterios escogidos e instrumentos aplicados.

II. Criterios de Diseño Regulatorio Ambiental en Sistemas Comparados

A. Modelos de Organización Institucional

En materia ambiental, en el mundo se han desarrollado diversos modelos de organización institucional, los que a grandes rasgos se pueden dividir entre aquellos basados en la unidad de gestión y aquellos modelos con un fuerte enfoque sectorial, con disgregación de competencias ambientales en diferentes órganos de la Administración del Estado.

En cuanto a los modelos basados en la unidad de gestión, la autora española Silvia Jaquenod de Zsôgôn destaca que se pueden distinguir al menos 5 de estos modelos¹:

- *Potenciación de un Ministerio existente*: se asignan competencias ambientales a un Ministerio existente con la asistencia de comités interministeriales para efectos de coherencia.
- *Comisiones o Comités interministeriales*: Obedece a un modelo de coordinación horizontal a través de un órgano colegiado encargado de la elaboración de políticas en tanto que la ejecución de tales políticas se radica en los distintos ministerios.

Agencia o Comisaría Central: modelo vinculado principalmente a estructuras federales, en el cual se crearía un nuevo organismo dependiente del primer ministro, que reuniría facultades más profundas que la mera coordinación, abarcando funciones de política ambiental, gestión financiera, asignación y distribución de recursos y control de la gestión realizada por otros ór-

¹ Jaquenod de Zsôgôn, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Tercera edición, Dykinson S.L., 1991, pp. 187, 188 y 189.

ganos sectoriales u otras administraciones con competencias en gestión ambiental. De acuerdo a la autora, si bien este modelo permite mantener la integridad de la gestión ambiental mediante sistemas de vigilancia y control, presenta dificultades relacionadas con el mantenimiento de un canal de información fluido.

- *Ministerio del Medio Ambiente*: en este diseño se pueden observar tres sub-modelos:
 - a) sólo como *órgano coordinador* con subsistencia de competencias ambientales en otros ministerios, sin rango jerárquico superior, lo que podría dificultar la coordinación;
 - b) como *superministerio*, absorbiendo competencias ambientales de otros ministerios y contando también con competencias más allá de lo ambiental, pudiendo presentar dificultades en razón de la falta de una visión de políticas integrada y la posibilidad de enfrentar tensiones o superposición de competencias con otros organismos en cuanto al ejercicio de las funciones no estrictamente ambientales; y
 - c) como *sistema integrado*, constituido por unidades ambientales de otros ministerios o departamentos sin desvinculación, lo que presenta necesidad de contar con una clara determinación de las funciones de cada división.
- *Secretaría de Estado del Ambiente con Agencias*: Sistema que supone una Secretaría centralizada que delega competencias en Agencias manteniendo la dirección, control y vigilancia de éstas. Este modelo tendría aplicabilidad en Estados con organización federal.

En cuanto a los modelos basados en la disgregación de competencias ambientales en diferentes órganos de la administración del Estado, la autora española destaca la inconveniencia de contar con un enfoque sectorial en la gestión ambiental pues dicho enfoque “acentuaría la dispersión de esfuerzos, multiplica las acciones paralelas y conduce a rodeos y a pérdidas de tiempo”². Señala, asimismo, que un modelo sectorial presenta los inconvenientes propios de multiplicidad de decisiones que impiden la “coherencia en la acción administrativa del ambiente, dudosa validez de la solución adoptada y, fundamentalmente, dilución de las responsabilidades”³.

Dichos modelos han sido consagrados de alguna u otra forma en la legislación comparada, tanto de países desarrollados como en aquellos en vías de

² Jaquenod de Zsôgôn, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Tercera edición, Dykinson S.L., 1991, p. 187.

³ Jaquenod de Zsôgôn, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Tercera edición, Dykinson S.L., 1991, p. 187.

desarrollo. Su implementación práctica y aprendizaje derivado de los años de experiencia han determinado variaciones de los modelos teóricos señalados. A continuación, revisaremos brevemente ejemplos prácticos de los modelos institucionales de España, Estados Unidos de América y la evolución de los modelos de institucionalidad ambiental en América Latina y el Caribe.

España: Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino

La institucionalidad ambiental española se organiza a través de un **Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino**, el cual se creó en el año 2008 a través del Real Decreto 432/2008. Este Ministerio asumió las competencias hasta entonces atribuidas a los suprimidos Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación, y de Medio Ambiente, más la competencia en materia de protección del mar, en estrecha colaboración con el Ministerio de Fomento. La reforma del año 2008 convirtió a este Ministerio en una institución que concentra una amplitud de competencias y atribuciones en áreas como: cambio climático, protección del patrimonio natural, biodiversidad, medio ambiente marino, aguas, desarrollo rural, recursos agrícolas, ganaderos y pesqueros y alimentación. Su organización contempla cuatro órganos superiores y directivos del Ministerio, dependientes directamente del Ministro(a):

- La Secretaría de Estado de Cambio Climático
- La Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua
- La Subsecretaría de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino
- La Secretaría General del Mar, con Rango de Subsecretaria

Cada uno de estos órganos superiores se divide en otros estamentos específicos o direcciones, existiendo además organismos autónomos como las Confederaciones Hidrográficas, Parques Nacionales y el Centro Nacional de Educación Ambiental (CENEAM-Valsain), entre otros⁴.

Estados Unidos de Norteamérica: Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (US EPA)

En Estados Unidos de Norteamérica encontramos a la emblemática **Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos** (en inglés sus siglas US EPA), que se originó como respuesta a una creciente demanda por acciones concretas y efectivas en contra de la contaminación ambiental que afectaba a ese país en la década de los sesenta. En dicho contexto, el 2 de diciembre de 1970,

⁴ Página Web MAPA, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España. [en línea] <<http://www.mapa.es/es/ministerio/ministerio.htm>> [consulta: 23 Julio 2010]

la EPA inició sus funciones como una agencia que concentraba competencias federales de investigación, monitoreo, establecimiento de estándares y cumplimiento para asegurar la protección medioambiental, con una misión clara de protección de la salud humana y resguardo del medio ambiente natural aire, agua y suelo, de los cuales la vida depende⁵.

El diseño de la EPA se basó en una profunda reorganización de instituciones existentes: tres Departamentos federales, tres Divisiones, tres Agencias, dos Consejos, una Comisión, un Servicio y diversas oficinas. La reorganización consideró una redistribución de competencias ambientales que se radicaron en la nueva agencia, lo cual implicó naturalmente la pérdida de competencias de algunos organismos sectoriales; de esta forma, el Departamento del Interior cedió la Administración Federal de la Calidad del Agua (Federal Water Quality Administration) como también todas las competencias sobre los pesticidas. El Departamento de Salud, Educación y Bienestar cedió sus competencias sobre la Administración del Control Nacional de la Contaminación del Aire, competencias relativas a la investigación sobre pesticidas (Federal Food and Drug Act), aquellas que eran parte de las Divisiones encargadas del manejo de residuos sólidos, higiene del agua y efectos ambientales en la salud humana. Por su parte, el Departamento de Agricultura aportó con las competencias relativas a pesticidas que formaban parte de las funciones del Servicio de Investigación de Agricultura (Agricultural Research Service), en tanto que la Comisión de Energía Atómica y el Consejo Federal de Radiación aportaron con las competencias relativas a la formulación de criterios y estándares relativos a la radiación. Finalmente, el Consejo de Calidad Ambiental (CEQ – Council on Environmental Quality) aportó con las competencias asociadas a la investigación ecológica, las que quedaron radicadas en la EPA.

América Latina y el Caribe

En cuanto a la organización de las instituciones ambientales en América Latina y el Caribe se pueden distinguir básicamente dos modelos: **el modelo del ministerio y el modelo de la comisión.**

En el modelo del ministerio se considera a la institución como la máxima autoridad en que se concentra la responsabilidad de formular y dirigir la política nacional ambiental. En algunas legislaciones, tales instituciones pueden tener funciones de ejecución de políticas, aunque en su evolución se han orientado más bien hacia el diseño, coordinación y promoción a nivel nacional de las políticas ambientales que formulan. En el modelo de la comisión no se contempla una autoridad ambiental propiamente tal, sino una figura coordinadora cuya

⁵ Página Web US EPA, United States Environmental Protection Agency [en línea]. <<http://www.epa.gov/aboutepa/index.html>> [consulta: 23 julio 2010]

labor es lograr que cada institución del Gobierno y del Estado introduzca la variable ambiental en las políticas, normas y acciones de su competencia⁶.

Hacia el año 2001, la mayoría de los países de la región de América Latina y el Caribe contaban con una organización de tipo "ministerio", ya fuese a través de Ministerios propiamente tales o de Secretarías dependientes de un Ministerio, diferenciándose entre sí por el rango de competencias y funciones que les eran asignadas. En la región, el modelo de la Comisión fue impulsado por Guatemala en el año 1986, al crear una Comisión Nacional de Medio Ambiente dependiente de la Presidencia de la República, entidad que fue sustituida a finales de los años noventa por un Ministerio de Medio Ambiente. Similares pasos ocurrieron en Ecuador. Por su parte, en Chile en el año 1990⁷ se crea la Comisión Nacional de Medio Ambiente siguiendo el modelo de comisión. Este modelo se mantuvo a través de los años únicamente en Chile y en Perú⁸.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) destinó entre los años 1992 a 2002 un total de US\$312 millones a programas de fortalecimiento institucional ambiental en la región de América Latina y el Caribe. En dicho contexto, el BID tiene dentro de sus mandatos específicos respaldar proyectos destinados a fortalecer los marcos jurídicos y normativos relacionados con el medio ambiente, como también aquellas instituciones ambientales⁹. En el caso de Chile, los esfuerzos se enfocaron en el Programa de Fortalecimiento y Cumplimiento de las Normas de Medio Ambiente que tuvo como objetivos específicos el soporte institucional y el desempeño institucional eficiente¹⁰.

En términos generales, de acuerdo a observaciones derivadas de la experiencia, uno de los principales conflictos que han debido enfrentar las organizaciones institucionales en materia ambiental dice relación con las competencias en torno

⁶ Rodríguez, Manuel; Espinoza, Guillermo. "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas". [pdf]. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C. 2002. p. 63 <<http://www.manuelrodriguezbecerra.com/gestiona.htm>> [consulta: 08 septiembre 2010]

⁷ Decreto Supremo N° 240/1990 del Ministerio de Bienes Nacionales: Crea Comisión Nacional del Medio Ambiente. Publicado en Diario Oficial el 08 de septiembre de 1990.

⁸ Rodríguez, Manuel; Espinoza, Guillermo. "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas". [pdf]. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C. 2002. p. 67. <<http://www.manuelrodriguezbecerra.com/gestiona.htm>> [consulta: 08 septiembre 2010]

⁹ En su Política de Medio Ambiente, el BID dispone que centrará sus esfuerzos en fomentar la transversalidad ambiental en sus países miembros prestatarios a través de acciones que -entre otras- "fortalezcan la gobernabilidad mediante la formulación de marcos efectivos de gestión ambiental y mecanismos transparentes de gestión que solidifiquen el desarrollo de capacidades institucionales, la participación de la sociedad civil, el acceso público a la información, el respeto y cumplimiento de la ley, el uso de instrumentos de mercado y el desarrollo de políticas". Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Política de Medio Ambiente y Cumplimiento de Salvaguardias. [pdf]. 2005. p. 5. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getDocument.aspx?DOCNUM=665905> [consulta: 01 septiembre 2010]

¹⁰ Espinoza, Guillermo. "Evaluación de proyectos de desarrollo institucional. Un análisis comparativo". [pdf]. Washington D.C. 2005. p. 6, 7 y 8. <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=823519>> [consulta: 07 septiembre 2010]

a la gestión de los recursos naturales renovables, cuando la responsabilidad por la administración de la totalidad o parte de los recursos naturales renovables críticos se ha mantenido exclusivamente en entidades cuya vocación prioritaria es el aprovechamiento. Lo anterior ha sido fuente de conflictos permanente entre instituciones (autoridades ambientales vs. autoridades sectoriales) y causa de distorsiones e ineficiencias en el logro de los objetivos de protección ambiental¹¹.

B. Instrumentos de Gestión Ambiental y Cumplimiento

Los instrumentos de gestión ambiental son aquellas herramientas que permiten abordar los desafíos y problemas ambientales, desde una perspectiva preventiva y desde otra reparadora o correctiva. En términos generales, los instrumentos de gestión ambiental se pueden agrupar en cuatro categorías¹²: (i) instrumentos de mercado¹³; (ii) instrumentos de regulación directa¹⁴; (iii) instrumentos basados en información¹⁵; y (iv) instrumentos fundados en implementación voluntaria¹⁶.

En el Derecho Comparado se ha ido avanzando en sistemas regulatorios ambientales que combinan distintas herramientas basadas tanto en el establecimiento de normas, con sistemas de fiscalización y sanción ("comando y control"), como también en mecanismos de carácter económico y de mercado, y el uso de otras herramientas menos tradicionales.

A grandes rasgos, en derecho comparado se puede observar que los sistemas regulatorios de carácter ambiental incluyen una serie de criterios y elementos comunes, combinados de distinta forma¹⁷:

¹¹ Rodríguez, Manuel; Espinoza, Guillermo. "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas". [pdf]. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C., 2002. p. 63. <<http://www.manuelrodriguezbecerra.com/gestiona.htm>>[consulta: 08 septiembre 2010]

¹² OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Environment Policy Committee, Working Party on National Environmental Policies: Making Reform Happen in Environmental Policy. [pdf]. Noviembre, 2009. p. 16 y 17. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2009\)4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL&doclanguage=en)>. [consulta:06 septiembre 2010]

¹³ En esta categoría se distinguen: los permisos de emisión transables; impuestos y cargas ambientales; sistema de depósitos reembolsables; subsidios; compra verde, y responsabilidad y compensación.

¹⁴ Esta categoría comprende a todos aquellos instrumentos normativos directos destinados a imponer estándares de cuidado (prevención o minimización) a través de la imposición de valores mínimos de calidad ambiental, valores máximos de emisión, tecnologías o desempeño ambiental; se incluyen las normas de calidad ambiental y de emisión.

¹⁵ Este tipo de instrumentos buscan proporcionar o difundir información para promover cambios de comportamiento (por ejemplo: requerimientos de etiquetado).

¹⁶ Los instrumentos fundados en la implementación voluntaria son complementarios a las demás herramientas y permiten cumplir con objetivos de protección ambiental sobre la base de acuerdos entre la autoridad y regulados que permiten avanzar con estándares más rápidamente que modificaciones en las regulaciones.

¹⁷ Plater, Zygmunt J.B.; Abrams, Robert H.; Goldfarb, William; Graham, Robert L. "Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society". Second Edition. St. Paul, Minnesota. American Casebook Series West Group, 1998. p.319.

1. Regulaciones orientadoras de la planificación: herramientas que tienden a guiar a los regulados, por una agencia gubernamental de vigilancia, dirección y planificación ambiental frecuentemente con participación pública.
2. Establecimiento de estándares y/o parámetros ambientales: basado en una combinación de establecimiento de estándares ambientales (de daño o tecnológicos) y métodos de balances de riesgos medioambientales y costos económicos (evaluaciones de riesgo a la salud y/o el medio ambiente).
3. Establecimiento de permisos y autorizaciones: estándares generales traducidos en obligaciones legales específicas a los sujetos regulados.
4. Establecimiento de obligaciones de monitoreo y vigilancia: a sujetos regulados y a la autoridad.
5. Herramientas de cumplimiento e imperio: destinadas a incentivar y/o mejorar el cumplimiento de normas ambientales por parte de los sujetos regulados, como también aquellas destinadas a desincentivar infracciones mediante sistemas eficientes de fiscalización y sanción.
6. Herramientas de revisión permanente y mejoramiento de normativa: herramientas que permiten el mejoramiento de las acciones de cumplimiento y de la normativa mediante la retroalimentación derivada de la implementación práctica, las que podrían determinar: reevaluación de la idoneidad de los instrumentos utilizados, ajustes en las reglas, y perfeccionamiento de procedimientos y prácticas.

Los estatutos particulares de la regulación harán énfasis en uno o más de estos elementos dada la naturaleza de lo que se regula. Por ejemplo, una regulación de las aguas comienza con la determinación de ciertos estándares de calidad, cuyo cumplimiento requiere de monitoreo y vigilancia por el organismo fiscalizador.

En este contexto, existen legislaciones que se centran fuertemente en un sistema de comando y control, y otras que han evolucionado hacia una combinación más equilibrada de herramientas e instrumentos de gestión ambiental en búsqueda de un balance que permita cumplir los objetivos de la regulación en materia ambiental de una manera más eficaz de acuerdo a la naturaleza de cada una de las problemáticas. En este sentido, al determinarse las opciones de regulación deben tenerse presentes tres principios denominados "Las tres Es": **Efectividad, Eficiencia y Equidad**¹⁸.

¹⁸ "In judging effectiveness one must consider whether a statute will really work in the real world. or whether it provides mere "symbolic assurance". "Efficiency" involves subjective benefit -cost analysis, cost effectiveness (whether equal or better results can be obtained at a lower cost) and technical feasibility. Evaluating the "equitableness" of a statute requires a careful comparative analysis of impacts and

Además de contar con una combinación de instrumentos de gestión ambiental, las legislaciones ambientales avanzadas han complementado sus sistemas normativos con un conjunto de herramientas destinadas a incentivar y mejorar (perfeccionar) el cumplimiento normativo y a fortalecer las potestades de imperio (fiscalización y sanción). En este sentido, resulta interesante observar ejemplos como la EPA en Estados Unidos ("US EPA") que además de una estricta política de "enforcement" (fiscalización y sanción), mantiene distintos programas, políticas y guías para promover el cumplimiento regulatorio. De esta forma, se realiza un esfuerzo dirigido a obtener el cumplimiento por parte de los regulados a través de una búsqueda constante de equilibrio en las herramientas como son la asistencia al cumplimiento, el monitoreo o inspecciones, los incentivos y auditorías, todos elementos dentro del concepto amplio de cumplimiento y "enforcement".

Como lo señalamos anteriormente, entre las herramientas destinadas al incentivo del cumplimiento, la US EPA contempla *programas de asistencia al cumplimiento*, que tienen como finalidad explicar cómo se debe cumplir con los requerimientos regulatorios específicos, contemplando divisiones especiales según tipo de industrias o servicios públicos, además de asistencia concreta de ciertas regulaciones como The Clean Air Act y The Clean Water Act.

Por otra parte, se contemplan *centros destinados a la asistencia al cumplimiento* que entregan información a través de sitios web, asistencia telefónica, y en discusiones grupales a través de correos electrónicos.

Asimismo, EPA desarrolla *guías para el cumplimiento destinadas a pequeñas comunidades*, contemplando sistemas que permiten la reducción de sanciones a aquellas comunidades locales pequeñas que comprometan y logren un cumplimiento total a posteriori o implementen un sistema de manejo ambiental.

Además, se desarrollan guías y programas destinados específicamente a *pequeñas empresas, guías para la detección de problemas ambientales y publicaciones sobre sistema de manejo ambiental*.

EPA también desarrolla *sistemas de monitoreo de cumplimiento*, a través de programas que detallan los elementos que deben ser fiscalizados en las inspecciones o los parámetros que deben ser evaluados, de acuerdo a la norma cuyo cumplimiento se está monitoreando. De esta forma, se genera un mejor entendimiento entre fiscalizador y fiscalizado, con claridad de los elementos que serán revisados y se tiende a mantener uniformidad en el criterio de fiscalización y de aplicación de la norma.

benefits". Plater, Zygmunt J.B.; Abrams, Robert H.; Goldfarb, William; Graham, Robert L., "Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society". Second Edition. St. Paul, Minnesota. American Casebook Series West Group, 1998, p. 320.

Complementando estas herramientas, se contemplan mecanismos que permiten la rebaja de multas a aquellas empresas que voluntariamente denuncian que se encuentran en una situación problemática de incumplimiento y realizan prontamente todos los esfuerzos para corregirlos. Resulta interesante en este contexto el plan específico que permite a los adquirentes de una nueva empresa señalar los incumplimientos detectados en la administración anterior con el objeto de desarrollar planes para lograr el cumplimiento total en la nueva propiedad y lograr de esta forma un *“comienzo limpio”*; o los planes de fiscalización programada que consisten en la notificación que se realiza a un cierto grupo de regulados sobre el cumplimiento que deben dar de una regulación específica, otorgándoles un plazo dentro del cual podrán autodenunciar incumplimientos relacionados con esa regulación. En caso de proceder a denunciar incumplimientos, podrán acceder a rebaja en las multas correspondientes. Los titulares que no denuncien incumplimientos enfrentarán los riesgos propios de estos y una fiscalización más extensiva de su comportamiento.

La US EPA contempla una serie de iniciativas diferentes, puesto que dentro de su mandato institucional se incluye como directriz la búsqueda constante de mecanismos innovadores que puedan favorecer el cumplimiento de las regulaciones.

III. Criterios de Diseños Regulatorios ambientales en Chile

A. Criterios de Diseño Regulatorio en la Ley 19.300

Institucionalidad Ambiental: modelo de coordinación

No obstante la existencia de diversos cuerpos normativos de distinto rango legal que abordaban materias ambientales, la institucionalidad ambiental propiamente tal se creó y organizó con la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo de 1994, tras dos años de tramitación parlamentaria¹⁹.

El modelo adoptado por la Ley N° 19.300 se basó en la creación de una estructura administrativa coordinadora y ejecutora de las políticas ambientales del país, en un marco de reconocimiento de diversas competencias ambientales sectoriales (algunas superpuestas), en un escenario de multiplicidad y dispersión de normas de carácter ambiental. En este contexto, y como se consigna en el mensaje presidencial con el que se envió el proyecto de ley al Congreso Nacional en 1992, la institucionalidad ambiental se creó sobre 2 bases o pilares:

¹⁹ Este cuerpo legal surgió a partir de un proyecto de ley, ingresado al Congreso en el año 1992 por el ex Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar.

a) Reconocimiento de competencias ambientales: *“...reconocer las competencias ambientales de los distintos ministerios y servicios, involucrándolos en los temas ambientales en que, por sus respectivas esferas de competencia, les corresponde conocer²⁰; y*

b) Coordinación²¹: *“...Generando capacidad de coordinación al interior del Poder Ejecutivo²².”*

Con el propósito de lograr el objetivo de *coordinación* entre los diferentes organismos con competencias ambientales, se crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), que a través de las Comisiones Regionales (COREMAS), tendría el rol de coordinar a los distintos organismos y servicios con competencia ambiental, evitando la duplicidad de esfuerzos y coordinando además los procesos de autorización de nuevos proyectos. La radicación administrativa de la CONAMA en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia pretendió resaltar su papel coordinador. En el transcurso del debate se desechó la idea de crear un Ministerio, confiando en que las diversas instituciones podrían actuar coordinadamente de manera eficaz²³.

Con el transcurso de los años, el modelo coordinador comenzó a presentar fallencias e ineficacias. La CONAMA experimentó dificultades para ejercer su papel coordinador producto de su organización institucional sin rango de ministerio, de

²⁰ Texto del Mensaje de S.E. el Presidente de La República, Don Patricio Aylwin Azocar, con el que envió al Congreso Nacional el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente. Santiago, 14 de septiembre de 1992.

²¹ “El segundo objetivo es crear una institucionalidad que permita solucionar los problemas ambientales existentes y evitar la creación de otros nuevos, para lo cual se crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente, como servicio público regionalmente descentralizado a través de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, con el deber de coordinar a los organismos y servicios con competencia ambiental y evitar la duplicación de esfuerzos. El Comité de Ministros que preside a la CONAMA y su radicación administrativa en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia resaltan su papel coordinador y le otorgan una cercanía al Presidente de la República que da testimonio de la enorme relevancia asignada al tema”. Informe Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, Senado. Fecha 08 de abril, 1993. Cuenta en Sesión 47, Legislatura 325. Historia de la Ley N° 19.300. [pdf] Biblioteca del Congreso Nacional, 1994. p.50. <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>> [consulta: 06 septiembre 2010]

²² Texto del Mensaje de S.E. el Presidente de La República, Don Patricio Aylwin Azócar, con el que envió al Congreso Nacional el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente. Santiago, 14 de septiembre de 1992.

²³ “La institucionalidad ambiental debe desarrollarse sobre dos bases. Por una parte, reconociendo las competencias ambientales de los distintos ministerios y servicios e involucrándolos en los temas ambientales que, por sus respectivas esferas de competencia, les corresponde conocer, y, por otra, generando una capacidad de coordinación al interior del Poder Ejecutivo. Restar competencias para radicar el tema ambiental en una sola institución, que era una de las opciones a considerar, resulta poco realista, ya que implica reestructurar íntegramente el aparato público a un costo injustificado porque existe una capacidad institucional instalada, la que, debidamente coordinada, puede accionar con plena eficacia”. Informe Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, Senado. Fecha 08 de abril, 1993. Cuenta en Sesión 47, Legislatura 325. Historia de la Ley N° 19.300. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional, 1994, p. 49. <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>> [consulta: 06 septiembre 2010]

su difícil rol de coordinador/conciliador con los demás ministerios y organismos sectoriales y de la permanencia de diversas competencias ambientales en los organismos sectoriales (como la Dirección General de Aguas, el Servicio Agrícola y Ganadero, el Ministerio de Agricultura, CONAF y la autoridad sanitaria, entre otros) lo que significaba una superposición constante de competencias (con los consiguientes conflictos y desgastes administrativos), multiplicidad de fiscalizaciones, y sobre todo diversidad de criterios en la aplicación de la normativa ambiental²⁴.

Instrumentos de Gestión Ambiental en Chile

En el escenario descrito, la Ley N° 19.300 además de crear una institucionalidad ambiental basada en el modelo coordinador, consagró los siguientes instrumentos para la gestión ambiental:

- 1) Educación e investigación;
- 2) Sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA);
- 3) Participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental;
- 4) Normas de calidad ambiental;
- 5) Normas de emisión; y
- 6) Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación.

El establecimiento de estos instrumentos se realizó sobre la base de un diseño tradicional de instrumentos de *comando y control*, cuyo eje de acción gira en torno a la dictación de normas acompañado de un sistema de coerción y sanción²⁵.

²⁴ "Después de catorce años de funcionamiento, es posible formular algunas críticas a este diseño. Desde el análisis político institucional, las críticas dicen relación con los siguientes aspectos: (a) Las dificultades que presenta una institución transversal en una Administración Pública vertical; (b) la incompreensión jurídica y de gestión del concepto de coordinación; (c) la intervención de la autoridad política en cuestiones que son eminentemente de decisión técnica; (d) la existencia de asimetrías de información en diversos sentidos; (e) a nivel regional, la institucionalidad ambiental ha sido contradictoria con el modelo transversal; (f) la fiscalización es dispersa e inorgánica lo cual genera muchos costos; (g) la gestión local en materia ambiental es débil; (h) la utilización de los instrumentos de gestión ha sido desequilibrada (mucho Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pocas normas), e i) la normativa ambiental sectorial es, en gran medida, definida por cada sector." Mensaje N° 352 – 356: Mensaje S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio, El Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Santiago, 5 de junio de 2008. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010, p.8.<<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

²⁵ Los instrumentos de comando y control habitualmente consideran tres elementos básicos: (i) la identificación de un tipo de actividad ambientalmente dañina, (ii) la imposición de condiciones o

Tras 16 años de vigencia de la Ley N° 19.300 y de aplicación del conjunto de instrumentos de gestión ambiental contemplados originalmente en dicho texto legal se puede observar que la gestión ambiental se ha centrado mayoritariamente en la evaluación del impacto ambiental de proyectos a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). En menor medida, se ha realizado gestión a través de la dictación de algunas normas de emisión, de calidad ambiental y de ciertos planes de prevención o descontaminación. De la información disponible en el sitio web del SEIA, se puede observar que entre el 1° de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2009 fueron ingresados al Sistema de Evaluación Ambiental un total de 12.361 proyectos de inversión²⁶. Por otra parte, hasta la fecha sólo se han dictado veinte normas de emisión²⁷, diez normas de calidad ambiental²⁸ y siete planes de descontaminación²⁹. En este sentido, es en el SEIA donde se han enfocado mayoritariamente los esfuerzos regulatorios en el pasado y a la luz de las nuevas modificaciones se evidencia también que seguirá encabezando la lista de los instrumentos de gestión utilizados en Chile.

B. Criterios de Diseño Regulatorio en la Ley N° 20.417

Institucionalidad Ambiental: modelo híbrido (jerárquico)

Las evaluaciones nacionales e internacionales (principalmente la realizadas por la OCDE) al desempeño ambiental del país manifestaron la necesidad de iniciar un proceso de reforma a la institucionalidad ambiental³⁰. En este sentido, la nueva institucionalidad se inspira en las recomendaciones de la OCDE: "(...) Dado que

estándares para la realización de dicha actividad, y (iii) el establecimiento de una prohibición para la realización de cualquier tipo de actividad dañina sin dar cumplimiento a las condiciones o estándares establecidos en la norma. En el esquema de normas de comando y control es la autoridad reguladora la que debe estimar el impacto económico de la norma y su aplicación práctica mediante análisis de costo-beneficio.

²⁶ Informe de número de proyectos por región entre el 1/1/1998 y el 31/12/2009. Estado: Todas (Proyectos Admitidos a Trámite) [Excel]. <http://www.e-seia.cl/portal/reportes/rpt_num_proyectos.php> [consulta: 06 septiembre 2010]

²⁷ www.conama.cl/normativaambiental/html/<<http://www.leychile.cl/Consulta/listaMasSolicitudesxmat?agr=1021&sub=512&tipCat=1>> [consulta: 6 septiembre 2010]

²⁸ Comisión Nacional del Medio Ambiente link Normativa Ambiental. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Consulta/listaMasSolicitudesxmat?agr=1021&sub=514&tipCat=1>> [consulta: 6 septiembre 2010]

²⁹ Comisión Nacional del Medio Ambiente link Normativa Ambiental. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Consulta/listaMasSolicitudesxmat?agr=1021&sub=515&tipCat=1>> [consulta: 7 septiembre 2010]

³⁰ En éste sentido señala el Mensaje Presidencial: "El ingreso de Chile a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, exigirá en esta materia el sometimiento permanente a escrutinio público de la idoneidad de nuestras políticas ambientales, lo que nos obligará a actuar con seriedad y con criterios de eficiencia y calidad en nuestra gestión ambiental. Esto ya tiene una manifestación concreta en las 52 recomendaciones emanadas de la OCDE, como resultado de la evaluación de desempeño ambiental que le hicieran en nuestro país en el año 2005. Mensaje N° 352 – 356: Mensaje S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Santiago, 5 de junio de 2008. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010, p.6.< <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

en ciertos temas aún habrá un largo trecho por recorrer hasta alcanzar la convergencia ambiental con la mayoría de los países de la OCDE, será necesario fortalecer y ampliar considerablemente las instituciones ambientales. En particular se requieren iniciativas más decididas en relación con las EIA, las normas de calidad y de emisiones para la gestión del aire, el agua, los residuos y la naturaleza, el uso de instrumentos económicos, las políticas de ordenamiento territorial, y los planes y estrategias nacionales regionales. Una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento. Es necesario integrar las consideraciones ambientales en la planificación territorial en los ámbitos regional y municipal, así como ampliar y reforzar la cobertura y la ejecución de planes territoriales. Asimismo, se deberá fortalecer considerablemente la información y el análisis económicos que afectan las decisiones ambientales”³¹.

La Ley N° 20.417, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero de 2010, ha dado lugar a una modificación sustancial de nuestra institucionalidad ambiental a través de la creación de 5 instituciones principales:

1. Ministerio del Medio Ambiente;
2. Consejo de Ministros para la Sustentabilidad;
3. Servicio de Evaluación Ambiental (encargado de la administración del SEIA);
4. Superintendencia del Medio Ambiente (fiscalización y sanción); y
5. Tribunales Ambientales (justicia ambiental, aún en discusión en el Congreso).

Esta nueva institucionalidad propone un modelo regulatorio híbrido que se compone de elementos de coordinación tradicionales, pero que incluye una autoridad jerárquica reflejada en el Ministerio del Medio Ambiente. De esta forma, la creación de un órgano con rango de Ministerio reconoce en parte las dificultades que presentó el modelo de coordinación planteado en la Ley N° 19.300 (modelo transversal versus modelo vertical de tipo jerárquico como un ministerio).

El Ministerio del Medio Ambiente será competente para definir políticas y realizar el diseño de la regulación ambiental, cuya aprobación quedará sujeta

³¹ OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile. Chile, OCDE, 2005. pp. 17-18.

a un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que estará presidido por el Ministro del Medio Ambiente e integrada por los Ministros de Agricultura, Hacienda, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería y de Planificación³². El objetivo de este Consejo es asegurar una mirada transversal en las políticas y acciones en materias ambientales a través de la participación intersectorial, creándose *“una instancia rectora, con una mirada global sobre el desarrollo sustentable de Chile, compuesta por ministros fundamentales, como el de Hacienda, lo que impedirá negar en sus debates los recursos para asegurar un desarrollo sustentable y con una mirada integral”*³³, en este sentido, la presencia del Ministro de Hacienda introduce consideraciones económicas a nivel país de la implicancia de la aprobación de políticas y regulaciones en materia ambiental. Asimismo, la creación de un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad responde a las recomendaciones de la OCDE en cuanto a *“formalizar los mecanismos de integración institucional relativos al desarrollo sustentable”*³⁴. El Ministerio del Medio Ambiente se encuentra a la cabeza de este nuevo organigrama, otorgándosele una serie de facultades en materia ambiental que implicarán directa o indirectamente la reorganización de competencias ambientales de otros organismos del Estado (por ejemplo, la Dirección General de Aguas, el Servicio Agrícola y Ganadero, y el Ministerio de Salud). Esta transición podría dificultarse en la práctica, por la falta de claridad en los límites de las competencias que deberá ejercer cada servicio, límite que hoy en día no parece ser claro en el actuar de los distintos servicios y que no fue abordado directa y cabalmente en la Ley N° 20.417.

En consideración a lo señalado, parecen evidentes las dificultades que se producirán en razón de la eliminación que efectúa la Ley N° 20.417 de la facultad del

³² “El representante del Ejecutivo, entre otras materias, destacó que se propone incorporar como integrante del Consejo al Ministro de Hacienda, lo cual, en su opinión, permitirá que las decisiones de políticas públicas sean más integradas y sustentables. Asimismo, resaltó que no se consideró necesario mantener la coordinación que actualmente realiza el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, ya que la evidencia empírica de lo que ha sido el funcionamiento del Consejo Directivo de la CONAMA antes de la Ley 20.173 no ha sido del todo exitosa. La señal correcta ha sido que el Ministro de Medio Ambiente era quien se debía hacer cargo de la dirección o deliberación de las políticas públicas en materia ambiental. En efecto, el Consejo de Ministros, durante la última década, ha tenido un promedio de reuniones, bajo la dirección de SEGPRES, de 5 sesiones al año. Desde el 2007, con la creación del cargo de Ministro Presidente de CONAMA, se realizaron 12 sesiones ese año y 10 el año 2008”. Informe de Comisión de Recursos Naturales Cámara de Diputados. Fecha 01 de abril de 2009. Cuenta en Sesión 20, Legislatura 357. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010, p.195.< <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

³³ Palabras del Diputado Patricio Vallespín. Discusión en Sala. Cámara de Diputados. Legislatura 357. Sesión 21. Fecha 29 de abril de 2009. Discusión general. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010, p.510.< <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

³⁴ OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile. Chile, OCDE, 2005. p. 124.

Ministerio de Agricultura respecto a la conservación de recursos naturales fuera del ámbito agropecuario. Lo anterior, involucra indirectamente la supresión de la competencia del Servicio Agrícola y Ganadero sobre la fauna silvestre (con excepción de Ley de Caza y su reglamento) conservando sólo la competencia sobre los recursos naturales que incidan en el ámbito de la producción agropecuaria del país (artículo séptimo Ley N° 20.417).

En materia de recursos hídricos, la competencia de la Dirección General de Aguas respecto a la aplicación de políticas para conservar y proteger el recurso agua, competencia radicada específicamente en su Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos, de acuerdo a la nueva normativa serán competencias del nuevo Ministerio del Medio Ambiente (artículo 70 letra i).

Asimismo, se visualizan futuros conflictos en materia de salud, en donde las facultades del Departamento de Salud Ambiental del Ministerio de Salud se radican en el Ministerio del Medio Ambiente, principalmente en razón de las letras g), h), p), t), y u) del artículo 70. A modo de ejemplo, el artículo 70, letra g) señala que corresponderá especialmente al Ministerio del Medio Ambiente *“Proponer políticas y formular normas, planes y programas en materia de residuos y suelos contaminados, así como la evaluación del riesgo de productos químicos, organismos genéticamente modificados y otras sustancias que puedan afectar el medio ambiente, sin perjuicio de las atribuciones de otros organismos públicos en materia sanitaria”*.

Finalmente, cabe recordar que de acuerdo a la nueva normativa al Ministerio del Medio Ambiente le corresponde supervigilar el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado (artículo 70 letra b), atribución que debiese ser una de las principales funciones del futuro Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Esta situación debiese ser abordada directamente en la discusión del proyecto de ley que cree este Servicio, el cual debe presentarse al Congreso dentro del plazo de un año desde la publicación de la Ley N° 20.417.

En cuanto a la fiscalización y el cumplimiento de la normativa ambiental, un organismo fundamental a que da nacimiento la nueva institucionalidad es la **Superintendencia del Medio Ambiente** (también la “Superintendencia” o “SMA”), institución cuyo propósito será mejorar la gestión de fiscalización ambiental, organizando y coordinando el seguimiento y fiscalización de instrumentos de carácter ambiental, evitando la multiplicidad de esfuerzos en una misma dirección.

En este contexto, la Superintendencia se ve fortalecida por nuevas herramientas de fiscalización, con mayores facilidades de acceso a sus instalaciones y documentación, debiendo el fiscalizado darle todas las facilidades para su acción, so pena de sanciones administrativas. La nueva normativa procura otorgar a

la Superintendencia un rol más activo en la fiscalización y sanción, teniendo facultades para dictar directrices técnicas y de orden a los demás organismos, uniformando los criterios de aplicación de la normativa ambiental, ordenando medidas urgentes y transitorias para evitar el daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, pudiendo iniciar de oficio la investigación de hechos que puedan ser constitutivos de infracción de la normativa ambiental. Lo anterior, acompañado con un aumento de las sanciones derivadas de infracciones, que van desde la amonestación a la revocación definitiva de la Resolución de Calificación Ambiental.

Sin embargo, será en el transcurso de la puesta en marcha de esta nueva institución donde se podrían manifestar dificultades en la coordinación, teniendo como antecedente la experiencia de CONAMA. Es de esperar que las herramientas otorgadas a esta institución sean las adecuadas y que en caso contrario se vean mejoradas a través de procesos ágiles, que puedan otorgar las modificaciones necesarias.

Finalmente, dada las amplias y fortalecidas atribuciones de ésta Superintendencia, durante la tramitación de la Ley N° 20.417 se visualizó la necesidad de crear una entidad que actuara como un balance y contrapeso de la SMA, se encargara de resolver las cuestiones contenciosas administrativas ambientales y conociera de las acciones por daño ambiental desde una perspectiva interdisciplinaria. Es así como se ingresó a tramitación legislativa el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, Boletín N° 6747-12, cuyas principales funciones serían el control de los actos de la Superintendencia y el conocimiento de los asuntos contenciosos administrativos.

Instrumentos de Gestión Ambiental

La Ley N° 20.417 impulsa una profunda reforma en materia de institucionalidad –sin embargo– no introduce cambios sustantivos en materia de diseño regulatorio respecto de los instrumentos de gestión ambiental, manteniendo el esquema de instrumentos consagrados en la Ley N° 19.300, bajo el prisma de un diseño de comando y control, con énfasis en el aspecto normativo y sancionatorio. En efecto, se avanza en detalle hacia un nuevo sistema de infracciones, aumentando las multas en hasta 10.000 UTA (unidades tributarias anuales) y consagrando sanciones severas como la suspensión o revocación de permisos. Además, a través de esta reforma se realizan una serie de modificaciones al Sistema de Evaluación Ambiental, que tienden a profundizar el amplio rol que se le ha otorgado a este instrumento de gestión ambiental. Así, por ejemplo, se han introducido los siguientes aspectos:

i) Ampliación de instancias de participación ciudadana: se incorpora la posibilidad de contemplar un periodo de participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, en caso de reunirse los requisitos establecidos

en el nuevo artículo 30 bis. Además, se regula la reapertura del periodo de participación de la ciudadanía en caso de que el proyecto sufra modificaciones sustanciales durante el transcurso de la evaluación,

ii) Compatibilidad regional y comunal: Se incorpora como parte de la evaluación ambiental el análisis de la compatibilidad del proyecto con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y comunal.

iii) Regulación del fraccionamiento: Se limita a los titulares de proyectos la posibilidad de fraccionar proyectos con el objeto de eludir o variar a sabiendas el ingreso al SEIA, pudiendo la Superintendencia requerir el reingreso al sistema.

Así, en materia de instrumentos de gestión ambiental, la mayoría de las modificaciones que propone la Ley N° 20.417 están enfocadas en un solo instrumento: el SEIA. No obstante lo anterior, cabe destacar la incorporación del concepto de "**mejores técnicas disponibles**" a través de la incorporación de la nueva letra m bis) en el artículo 2° de la LGBMA³⁵. De esta forma, en materia de criterios de diseño, se da un paso hacia delante atendiendo a elementos adicionales al comando y control (regulación y sanción directa), a través de la incorporación de estándares de tipo tecnológico como criterio para determinar los valores o parámetros exigibles en normas de emisión.

C. Chile: Panorama actual

Instrumentos de gestión ambiental:

La regulación ambiental chilena se ha basado desde sus orígenes en estrategias de "comando y control". Observamos que la reforma a la institucionalidad ambiental mantiene dicha estrategia, no considera nuevos instrumentos de gestión ambiental, ni la utilización de otras herramientas consistentes con el fin preventivo de la normativa ambiental, y que pueden ser más eficientes, efectivas y pragmáticas, que el solo establecimiento de normas ambientales, su fiscalización y sanción.

Se pueden observar las siguientes estrategias y herramientas de regulación ambiental que se contienen en el cuerpo normativo vigente, alguna de las cuales son utilizadas frecuentemente en tanto que otras no han sido aún implementadas:

³⁵ LGBMA, Artículo 2, letra m bis "Mejores Técnicas Disponibles: la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestre la capacidad práctica de determinadas técnicas para evitar o reducir en general las emisiones y el impacto en el medio ambiente y la salud de las personas. Con tal objeto se deberán considerar una evaluación de impacto económico y social de su implementación, los costos y los beneficios, la utilización o producción de ellas en el país, y el acceso, en condiciones razonables, que el regulado pueda tener a las mismas".

- a) Normas de Emisión y de Calidad Ambiental (primaria y secundaria): Este instrumento es propio de la estrategia de comando y control. En nuestro país se debe analizar la efectividad en su aplicación y si ha cumplido los fines de evitar daños a la salud y al medio ambiente, pues muchas veces en la determinación de los límites de concentración de contaminantes no se consideran las diferentes condiciones del territorio nacional, o los efectos de un contaminante específico³⁶.
- b) Estándares Tecnológicos: Incorporados por la Ley N° 20.417, para determinar los parámetros que se establecerán en normas de emisión.
- c) Prohibición de acciones: Práctica regulatoria cuya eficiencia se basa en el necesario control por parte de la autoridad. Nuestra legislación la contempla en varios cuerpos normativos³⁷.
- d) Exigencia de evaluación del medio ambiente y su consideración como una precondition para la acción: El Sistema de Evaluación Ambiental constituye un instrumento de evaluación del efecto ambiental de los proyectos de inversión o actividades establecidas en la ley. Asimismo la Ley N° 20.417 introduce la denominada "Evaluación Ambiental Estratégica" sometiendo a evaluación ambiental a las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad.

³⁶ En este sentido Gabriel del Fávoro y Ricardo Katz en Capítulo 8 del libro del Centro de Estudio Públicos (CEP) "¿Qué hacer Ahora? Propuestas para el Desarrollo", hacen las siguientes críticas al Sistema de Generación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión: a) señalan la necesidad de que se efectúe una Modificación de procedimientos de generación de programa priorizado de normas de calidad ambiental, requiriéndose que el Consejo de Ministros de Conama discuta y dé lineamientos con relación a los niveles de riesgos aceptables (tanto con relación a la protección de la salud humana como a la protección de la naturaleza), y que el Consejo de Ministros cuente con análisis técnicos y económicos anterior a la definición de niveles de la norma (durante discusión del programa priorizado); b) las normas de emisión deben cumplir con las siguientes premisas básicas: b.i) no deben ser dictadas si no existe una calidad ambiental objetiva a lograr; b.ii) sólo deben ser dictadas para efectos de evitar latencia o eliminar la condición de saturación; b.iii) No discriminar entre actividades; b.iv) no deben ser dictadas sin una demostración de que significan mayores beneficios que costos; d) redefinir alcances de normas de referencia extranjeras. Del Fávoro, Gabriel, Katz, Ricardo. Gestión Ambiental ¿Cómo Avanzar? [pdf] Chile, 2001, pp. 274–284 <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3279.html> [consulta: 06 septiembre 2010]

³⁷ Ley N° 19.473, Ley de Caza: art. 2: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por: e) Veda: prohibición indefinida o temporal de ejecutar acciones de caza o de captura, que se establece con la finalidad de propender a la preservación o conservación de los ejemplares de las especies de la fauna silvestre"; art. 3: "Prohibase en todo el territorio nacional la caza o captura de ejemplares de la fauna silvestre catalogados como especies en peligro de extinción, vulnerables, raras y escasamente conocidas, así como la de las especies catalogadas como beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria, para la mantención del equilibrio de los ecosistemas naturales o que presenten densidades poblacionales reducidas. El reglamento señalará la nómina de las especies a que se refiere el inciso anterior. Asimismo, respecto de las demás especies podrá establecer vedas, temporadas y zonas de caza o captura; número de ejemplares que podrán cazarse o capturarse por jornada, temporada o grupo etario y demás condiciones en que tales actividades podrán desarrollarse".

- e) Condiciones de acceso al mercado basadas en evaluaciones ambientales y de seguridad: Mediante este instrumento, los mercados se convierten en una fuente de incentivos para que los productores de bienes y servicios consideren la variable ambiental durante las etapas de producción. Los consumidores, cada vez más informados y organizados (ONGs, Asociaciones de consumidores), incorporan dentro de sus decisiones de consumo los efectos a la salud y al medio ambiente de los productos que incorporan, exigiendo a los proveedores que den una información fidedigna y veraz de estos elementos. (Ej. Normas para la Evaluación y Autorización de Plaguicidas, Normas del Instituto Nacional de Normalización). Consistente con lo anterior, los inversionistas exigen un comportamiento ambiental adecuado, atendidos los efectos económicos de los daños reputacionales que puede sufrir la industria, a consecuencia de la falta de condiciones de seguridad y ambiental de los productos y servicios.
- f) Instrumentos Económicos (Cap and trade, impuestos a las emisiones, entre otros)³⁸: Constituye una herramienta de política ambiental consistente en el establecimiento de límites obligatorios de emisiones, proporcionando a la vez flexibilidad en las fuentes y formas de cumplimiento. El éxito de esta estrategia es que premia la innovación, la eficiencia y la acción temprana, proveyendo de responsabilidad ambiental estricta, sin inhibir el crecimiento económico. El artículo 47 de la Ley N° 19.300 hace referencia a la utilización de este tipo de instrumentos en los Planes de Prevención o Descontaminación: permisos de emisión transables, impuestos a las emisiones o tarifas a los usuarios, en los que se considerará el costo ambiental implícito en la producción o uso de ciertos bienes o servicios, y otros instrumentos de estímulo a acciones de mejoramiento y reparación ambientales³⁹.
- g) Exigencias de identificación y divulgación de pasivos/responsabilidades ambientales y riesgos: Estrategia regulatoria basada en el ciclo de vida de productos (“de la cuna a la tumba”), regulándose tanto la etapas de producción del producto como su disposición final. En este sentido nuestra regulación la ha ido incluyendo progresivamente en la regulación de residuos y sustancias químicas. Sin perjuicio de lo anterior, el regulador nacional no ha sido lo suficientemente hábil para incentivar el reúso, la reutilización y reciclaje de productos, careciendo nuestra regulación de normas que incentiven de forma asertiva esta actividad. Un ejemplo es la amplia definición de residuo o desecho en nuestra normativa, que en su amplitud desincentiva el reciclaje o lo grava innecesariamente. El artículo 3° del D.S. N° 148/2003 del Ministerio de Salud

³⁸ Página Web U.S Environmental Protection Agency link cap and trade home. [en línea] <<http://www.epa.gov/capandtrade/>>. [consulta: 21 Julio 2010]

³⁹ El Plan de Descontaminación de la Región Metropolitana, D.S N° 66/2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, incluye en su Capítulo X: “Instrumentos de Gestión Ambiental Complementarios”, instrumentos de esta naturaleza tales como: “Sistema de Compensaciones de Emisiones para la Región Metropolitana” (artículo 129), “APL. Acuerdos de Producción Limpia” (artículo 131).

“Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos” lo define como: *“sustancia, elemento u objeto que el generador elimina, se propone eliminar o está obligado a eliminar”*. Tal amplitud de concepto implica que se dispondrán, especialmente en el suelo, cualquier elemento, sustancia u objeto que se elimine, sin distinguirse la posibilidad de tratamiento para aquellos residuos que puedan ser reutilizados, dejándose de lado las externalidades positivas que para el medio ambiente y la industria generan procesos de esta naturaleza.

De las estrategias y herramientas de regulación ambiental mencionadas, aquellas señaladas en las letras a, c y d (normas de emisión, de calidad ambiental, prohibiciones y SEIA) son las preferidas y aplicadas ampliamente. El SEIA, concebido originalmente como uno más de los instrumentos de gestión ambiental del Título II de la LBGMA, ha pasado a ser “el instrumento” central de la gestión ambiental más aplicado y sobreutilizado. Si bien el SEIA ha sido eficiente en su rol, no puede transformarse en el eje de toda normativa y gestión ambiental. En virtud de lo anterior, se hace necesario que el regulador nacional considere la amplia gama de estrategias regulatorias que pueden incorporarse como medios para lograr el objetivo de la regulación ambiental como, asimismo, mejorar aquellos instrumentos contemplados en nuestra legislación y que no han sido utilizados en forma suficiente y efectiva.

Cumplimiento, fiscalización y sanción ambiental (“Enforcement”):

Complementan la acción de los instrumentos de gestión ambiental, las herramientas de regulación orientadas al cumplimiento, fiscalización y sanción ambiental. En este aspecto, tal como se menciona en el Mensaje Presidencial del proyecto de ley que culminó en la Ley N° 20.417, antes de la reforma, el modelo de cumplimiento, fiscalización y sanción ambiental había sido severamente cuestionado por su escasa eficiencia y alta dispersión de los esfuerzos fiscalizadores de distintos organismos⁴⁰.

⁴⁰ “Una de las ideas centrales sobre las cuales descansan los sistemas de fiscalización ambiental en los países con buenos desempeños ambientales, es su utilidad para generar incentivos al cumplimiento. Hoy el modelo chileno actúa precisamente en sentido inverso. En efecto, es un sistema que carece de la definición de adecuados programas de fiscalización, de metodologías públicamente conocidas, con énfasis en la sanción y en la fiscalización en terreno, sin modelos de integración, ni siquiera para los instrumentos de expresión multisectorial, como es el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Planes y Normas.

El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo. Éste último contempla consideraciones en materia de cumplimiento desde el momento de creación de la regulación, pasando por el diseño de instrumentos de aplicación de las nuevas regulaciones hasta los sistemas sancionatorios. La alta dispersión en materia de criterios de fiscalización se expresa también en grandes diferencias en las sanciones desde los distintos sectores, lo que claramente entrega una falta de certeza y de coherencia frente a la aplicación de la legislación ambiental. En síntesis, nuestro modelo de fiscalización es altamente ineficiente. Es necesario contar con una autoridad que unifique los criterios, procedimientos e incentivos de las normativas ambientales”. Mensaje N° 352 – 356: Mensaje S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio, El Servicio de Evaluación Am-

La reforma a la institucionalidad ambiental procura hacerse cargo del diagnóstico mediante la creación de una Superintendencia del Medio Ambiente como eje organizador de las acciones fiscalizadoras en materia ambiental, dotada de facultades de fiscalización y sanción en sede administrativa. Asimismo, se establece un nuevo procedimiento de fiscalización y sanción y se aumentan las sanciones por infracciones a la normativa ambiental.

1. Herramientas nueva institucionalidad ambiental

A partir del nuevo modelo que la reforma a la institucionalidad ambiental incorpora al acervo normativo nacional, y teniendo presente que la vigencia de este modelo se podrá apreciar en plenitud con el funcionamiento de los tribunales ambientales, observamos las siguientes herramientas:

- a) Fiscalización ambiental centralizada y organizada:** La reforma considera una Superintendencia del Medio Ambiente con un rol coordinador de la gestión fiscalizadora, pudiendo dictar directrices técnicas de carácter general y obligatorio que deberán ser aplicadas por estos organismos como también por los sujetos de fiscalización; asimismo, podrá dictar normas e instrucciones de carácter general y obligatorio.
- b) Herramientas directas e indirectas de fiscalización:** La Ley N° 20.417 dota a la Superintendencia de amplias herramientas que permiten su fácil acceso a las instalaciones del regulado (solicitar auxilio de la fuerza pública; facultad de descerrajamiento sin orden judicial), y facultades que permiten la revisión, inspección y requerimientos de información (revisar instalaciones con el objeto de verificar sistemas productivos y de control; exigir, examinar y procesar los datos muestreos y mediciones y análisis que los sujetos fiscalizados deban proporcionar, citar a declarar a representantes, directores, administradores, asesores y dependientes de los fiscalizados), incluyendo además la obligación legal de los responsables de colaborar en la fiscalización (bajo sanción de arresto en caso de citaciones a declarar de las personas naturales relacionadas con el fiscalizado).
- c) Potestad sancionatoria administrativa:** Se otorgó a la Superintendencia del Medio Ambiente potestad sancionadora en materia ambiental. Además, la Ley N°20.417 incorpora atribuciones adicionales: medidas provisionales y nuevos mecanismos de incentivo al cumplimiento.

biental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Santiago, 5 de Junio de 2008. Historia de la Ley N° 20.417. [pdf]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010. p.13 - 14.<<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia>> [consulta: 06 septiembre 2010]

- Facultad de Imponer medidas provisionales: Con el objeto de evitar el daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, el instructor del procedimiento sancionador podrá adoptar *medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño, ordenar el sellado de aparatos o equipos y ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor*. Podrá, asimismo, previa autorización del Tribunal Ambiental a través de la vía más expedita, ordenar la *clausura temporal, parcial o total de las instalaciones, detener el funcionamiento de las instalaciones, y suspender temporalmente la resolución de calificación ambiental*.
- Sistema de Autodenuncia: Este sistema puede ser ejercido por el regulado antes de que se inicie la investigación, debiendo el infractor comparecer ante la Superintendencia y denunciar estar cometiendo alguna infracción. Además deberá suministrar información acerca de los hechos, poner fin a ellos, adoptar las medidas necesarias para reducir o eliminar sus efectos, y ejecutar el programa de cumplimiento al cual se obligue. El beneficio de la auto denuncia consiste en lo siguiente: al ejercerse por primera vez, el infractor será eximido de la multa; la segunda vez, se le rebajará la multa hasta en un 75% de su valor, y la tercera vez, se le rebajará hasta en un 50% del valor la multa.

El artículo 41 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente al contemplar esta institución no distingue entre la naturaleza de la infracción, lo que en la práctica podría implicar la utilización de este beneficio, sólo hasta por 3 veces durante la existencia de un regulado (no distingue que la infracción sea por actividad o proyecto), impidiendo por lo tanto una real eficacia de este sistema.

Un sistema de autodenuncia más extendido que el de nuestra legislación, además de incentivar la conducta responsable y de buena fe del regulado, fomenta la colaboración del regulado con el rol fiscalizador del Estado, pues el fiscalizador puede dirigir sus recursos hacia actividades que requieren una mayor vigilancia.

- Programa de Cumplimiento: *“Es un plan de acciones y metas presentados por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”*. Este programa de cumplimiento podrá ser presentado por el infractor en el plazo de 10 días desde que inicia el procedimiento sancionatorio, el cual será suspendido hasta que se encuentre cumplido en su totalidad dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él. Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento podrá reiniciarse en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa.

d) Aumento de sanciones en caso de infracciones: El Título III de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, establece un catálogo de infracciones (leves, graves y gravísimas), sanciones y criterios para determinar la sanción. Las sanciones que podrá imponer la Superintendencia van desde la amonestación por escrito a multa de 1 a 10.000 Unidades Tributarias Anuales, clausura temporal o definitiva y revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

2. Herramientas anteriores a la Ley N° 20.417

Además de la existencia de procedimientos administrativos de sanción sectoriales y dispersos, antes de la Ley N° 20.417 estaban ya vigentes las siguientes herramientas de cumplimiento:

a) Responsabilidad por daño ambiental. Demanda por daño ambiental e indemnización de perjuicios: Vigente desde la publicación en el año 1994 de la Ley N° 19.300, el artículo 51 de la citada norma dispone que "todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley"⁴¹. El concepto de daño ambiental se define en la letra e) del artículo 3° de la Ley N° 19.300 como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes".

Producido daño ambiental, la ley concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado (acción de reparación ambiental), lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

Para facilitar la prueba y como desincentivo a conductas contrarias al cumplimiento de la normativa ambiental, el artículo 52 de la Ley N° 19.300 establece que se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especia-

⁴¹ De acuerdo a la nueva institucionalidad ambiental establecida por la Ley N° 20.417 y el proyecto de ley que Crea los Tribunales Ambientales, Boletín N° 6747-12, el conocimiento de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente será de competencia del Tribunal Ambiental, modificándose la competencia que originalmente tenía el Juez de Letras competente. Esta modificación es de gran importancia, pues el proyecto de ley actualmente en discusión en el Congreso persigue la creación de un Tribunal de composición mixta, con miembros no sólo abogados, sino también profesionales del área de las ciencias y economía, exigiendo asimismo experiencia en temas medioambientales. La relevancia de ésta y demás innovaciones que se introducen en ésta materia es que reconoce la naturaleza técnica y científica de los asuntos medioambientales.

En cuanto al conocimiento de la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la producción del daño ambiental, será competencia (de acuerdo a lo discutido hasta hoy en la tramitación del proyecto de Ley de Tribunal Ambiental) del Tribunal Civil competente de acuerdo a las normas generales.

les para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

b) Normas penales de naturaleza ambiental: Si bien existen normas penales de naturaleza ambiental dispersas en el Código Penal y normativas sectoriales diversas, las normas penales ambientales de nuestro país no tienen su origen exclusivamente en la prevención al daño del medio ambiente, sino generalmente están destinadas a proteger otros bienes jurídicos.

Los delitos de esta naturaleza que contempla nuestra legislación se caracterizan por constituir “tipos penales en blanco”, determinándose, pero no describiéndose detalladamente, su supuesto de hecho, remitiéndose para su complemento a normas distintas y específicas en materia ambiental. Así, por ejemplo, el artículo 291 del Código Penal, ubicado entre las normas referidas a los delitos relativos a la salud animal y vegetal, expresa:

“Los que propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población, serán penados con presidio menor en su grado máximo”⁴².

Ambos sistemas, si bien son complementarios de las herramientas de gestión ambiental, no son ni deben ser el eje de la acción de la autoridad ambiental, dado que no son preventivos, sino reparadores, en tanto tienen lugar cuando el medioambiente ya ha sido afectado por una conducta no deseada. Por estos motivos es que en la técnica regulatoria estos mecanismos actúan como desincentivos de conductas ambientales no deseadas, pero no son elementos que fomenten o eduquen conductas ambientalmente responsables.

⁴² “El sistema protección penal del medio ambiente está compuesto principalmente por las siguientes normas: i) protección penal del aire y la atmósfera: artículo 496 N°s 20, 22 y 29 del Código Penal; ii) protección penal de las aguas y particularmente de las marinas: artículos 315, 317, 459 del Código Penal; iii) protección penal de los suelos y los espacios naturales: artículo 462 del Código Penal; iv) protección penal de la biodiversidad y en particular de la flora y fauna silvestres: artículos 289, 476 N° 3 del Código Penal, artículos 135, 137 y 139 Ley General de Pesca y Acuicultura, artículo 22 D.L N° 659 de 1925, Ley de Bosques; v) protección penal del medio ambiente a los peligros de las armas de destrucción masiva. Artículos 45, 47, 41, 43, 46 Ley N° 18.302 de Seguridad Nuclear”. Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno a la luz del Derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile. *Ius et Praxis*, [En Línea], Volumen 9, N° 2, 2003. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000200002&script=sci_arttext>, [Consulta: 19 Julio 2010]

Conclusiones

En nuestro país se ha desarrollado un modelo regulatorio ambiental basado principalmente en el sistema tradicional de comando y control, delegando la gestión ambiental principalmente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Hasta antes de la reforma impulsada por la Ley N° 20.417, CONAMA actuaba como comisión coordinadora de los distintos organismos con competencia ambiental, sin un rango jerárquico de Ministerio, presentando numerosas dificultades en su labor. Con la creación del nuevo Ministerio del Medio Ambiente, se reforma sustancialmente la institucionalidad ambiental variando el modelo, desde uno de coordinación hacia un modelo jerárquico, con un Ministerio dotado de facultades amplias que reúne gran parte de las competencias ambientales. Sin embargo, aún persisten numerosas competencias ambientales en diversos Servicios, lo que significará un gran desafío para las nuevas autoridades, tanto del Ministerio del Medio Ambiente como de la Superintendencia, que deberán lograr la eficacia de este nuevo sistema⁴³. En este sentido, cobra relevancia el rol de las nuevas instituciones y las personas que las integran, las que deberán asumir con determinación el cambio a un modelo jerárquico y las nuevas competencias otorgadas; lo cual supone la necesidad de difundir y promover un profundo cambio cultural al interior de toda la Administración del Estado, en particular de las antiguas instituciones que han visto reformadas sus competencias⁴⁴.

En cuanto al desarrollo de instrumentos de gestión ambiental, no se contemplan mayores innovaciones en la Ley N° 20.417, en tanto se mantiene el foco en el desarrollo y perfeccionamiento del SEIA, presentando un marcado acento en la sanción de conductas no deseadas.

Lo anterior no significa que la reciente reforma no sea valiosa, muy por el contrario, esta reforma significa un gran avance con la creación de un Ministerio del ramo, de un Servicio de Evaluación, de una Superintendencia y de Tribunales

⁴³ "El carácter transversal del tema ambiental genera retos para la gestión intersectorial, que ha conducido a la creación de diversos esquemas de organización de las agencias ambientales principales, así como a la instauración de mecanismos dirigidos a la coordinación y a la formulación de políticas más integradas". Rodríguez, Manuel; Espinoza, Guillermo. "Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas". [pdf]. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C. 2002. p. 70. <<http://www.manuelrodriguezbecerra.com/gestiona.htm>> [consulta: 08 septiembre 2010]

⁴⁴ Al respecto, conviene tener presentes las recomendaciones sobre implementación de reformas institucionales de la OCDE: "las instituciones existentes pueden ser muy fuertes y si ellas se oponen a las reformas que se han considerado, pueden actuar como verdaderas barreras a ellas". "Las instituciones son creadas y promulgadas por personas. Una reforma institucional requerirá que las personas involucradas en la institución cambien para apoyar los objetivos de la reforma o sean reemplazados por aquellos que puedan otorgar ese apoyo". OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Environment Policy Committee, Working Party on National Environmental Policies: Making Reform Happen in Environmental Policy. [pdf]. Noviembre, 2009, p. 14. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2009\)4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL&doclanguage=en)>. [consulta: 06 septiembre 2010].

Ambientales especializados, con modificaciones que apuntan a la objetividad y claridad de los procesos de evaluación ambiental, la incorporación de conceptos como las “mejores técnicas disponibles” y del desarrollo sustentable como un elemento transversal.

Sin embargo, aún se visualiza un largo camino por recorrer cuando observamos la normativa ambiental de otros países y la manera en que se han desarrollado sus procesos. En este sentido, consideramos fundamental enfocar la gestión ambiental hacia el cumplimiento de la norma y la promoción de conductas deseables ambientalmente, con el propósito de satisfacer el principal objetivo de la gestión ambiental (y la normativa) que es finalmente: la prevención. Estimamos que una gestión ambiental eficiente en el cumplimiento de sus objetivos de prevención y cumplimiento se puede lograr a través de una combinación balanceada de diversos instrumentos y herramientas, no centrada exclusivamente en un solo instrumento. Resulta, entonces, necesario considerar la complementación de esta reforma mediante la incorporación de estrategias e instrumentos de gestión que incentiven el cumplimiento y el desarrollo de conductas colaboradoras con el rol de la autoridad (como los instrumentos económicos)⁴⁵.

De esta forma, creemos que se debe tener una visión amplia de la gestión ambiental, más allá del SEIA, instrumento que se ha visto presionado por cumplir con objetivos que sobrepasan su naturaleza, producto de lo cual, muchas veces se ha visto sobrepasado, perdiendo eficiencia y eficacia. Asimismo, estimamos necesario hacer aplicables y funcionales los otros instrumentos de gestión ambiental considerados en la Ley N° 19.300, incluyendo los instrumentos económicos, en un marco de evaluación constante de su eficacia y eficiencia de los mismos y su mejoramiento continuo a la luz de la experiencia y aplicación práctica.

En este contexto, proponemos que con la puesta en marcha de la reforma ambiental se considere la incorporación de aquellas nuevas herramientas del derecho comparado que puedan ser eficaces en mejorar el desempeño ambiental, sumando más instrumentos que premien el cumplimiento del regulado y que se busquen mecanismos innovadores que consideren las características propias de cada actividad económica. Proponemos, en este contexto, estudiar la eficacia del sistema de autodenuncia que se ha regulado a través de la Ley N° 20.417 y realizar de forma oportuna las modificaciones que sean necesarias para su aplicabilidad práctica.

⁴⁵ “El mayor o menor éxito de la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental está íntimamente vinculado al marco institucional mediante el cual se implementan. Es por ejemplo, el caso de los instrumentos económicos”. OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Environment Policy Committee, Working Party on National Environmental Policies: Making Reform Happen in Environmental Policy. [pdf]. Noviembre, 2009, p. 30. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNP\(2009\)4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNP(2009)4/FINAL&doclanguage=en)>. [consulta:06 septiembre 2010]

Consideramos también relevante desarrollar sistemas de asistencia al cumplimiento de la normativa ambiental. Sistemas que sean claros y accesibles, contando por ejemplo con guías detalladas y centros dedicados especialmente a la asistencia de los regulados, como es el caso de EPA en Estados Unidos. De esta forma, se permite a los regulados tener un conocimiento oportuno y de fácil acceso de las normativas que deben cumplir según el tipo de actividad que desarrollan. Lo anterior contribuye enormemente al objetivo de prevención.

Es fundamental realizar los esfuerzos necesarios para generar una nueva visión en los sujetos llamados a aplicar la normativa ambiental, funcionarios de los servicios públicos, encargados de la fiscalización y medición, y en general de aquellos que conformen la nueva institucionalidad. El desarrollo de una reforma como esta sólo tendrá el éxito esperado en tanto sea acompañada de una coherente aplicación de su texto, pero más importante aún, de sus principios rectores.

Sistematizando lo expuesto, y a modo de conclusión final, recomendamos considerar durante el proceso de implementación de la Ley N° 20.417, los cuatro elementos que –de acuerdo a los estudios de la OCDE⁴⁶– son necesarios para la implementación eficaz de una reforma ambiental: a) la existencia de instituciones apropiadas que apoyen la reforma en el tránsito desde la decisión hasta su implementación; b) el impacto de la reforma en los regulados y la reacción de aquellos afectados por la reforma; c) considerar en la agenda de reforma los tiempos de implementación y su interacción con las diferentes políticas públicas; y d) el rol de la información (completa y cabal) respecto de la reforma en su contenido, y en las razones de su generación, como también el apoyo de las organizaciones internacionales en su puesta en marcha⁴⁷.

⁴⁶ OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Environment Policy Committee, Working Party on National Environmental Policies: Making Reform Happen in Environmental Policy. [pdf]. Noviembre, 2009, pp. 30 y siguientes. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2009\)4/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL&doclanguage=en)>. [consulta: 06 septiembre 2010]

⁴⁷ No obstante los avances registrados, los países siguen necesitando de apoyo para cumplir los diversos mandatos de sus políticas y legislaciones ambientales. La mayor parte de los países todavía no cuenta con la capacidad institucional requerida ni con los recursos necesarios para aplicar y evaluar las políticas ambientales. Los antecedentes que se presentan en este estudio señalan que, en una primera etapa, el fortalecimiento institucional ha seguido una ruta más administrativa y formal que de aplicación sustantiva. Ello ha permitido establecer leyes, instrumentos, instituciones, personal y equipos, aspectos que en el pasado no estaban disponibles para apoyar los procesos de gestión. Sin embargo, falta avanzar en la creación de procesos, basados en perspectivas estratégicas que permitan responder a los temas y problemas prioritarios en el marco del desarrollo sostenible y de ayuda a la competitividad de los países". Espinoza, Guillermo. "Evaluación de proyectos de desarrollo institucional. Un análisis comparativo". [pdf] Washington D.C., 2005. p.1. <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=823519>> [consulta: 07 septiembre 2010]

Bibliografía

JAQUENOD DE ZSÔGÔN, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 1991.

Página Web. MAPA, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España. [en línea] <<http://www.mapa.es/es/ministerio/ministerio.htm>>

Página Web US EPA, United States Environmental Protection Agency. [en línea] <<http://www.epa.gov/>>

RODRÍGUEZ, Manuel; ESPINOZA, Guillermo. *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: Evolución, tendencias y principales prácticas*. Banco Interamericano del Desarrollo, Washington D.C. 2002 [en línea] <<http://www.bvsde.paho.org>>

Decreto Supremo N° 240/1990 del Ministerio del Medio Ambiente: Crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Publicado en Diario Oficial de 8 de septiembre de 1990.

PLATER, Zygmunt J.B.; ABRAMS, Robert H.; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert, *Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society*, 1998.

Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 19.300. Bases del Medio Ambiente*. 09 de marzo de 1994. [pdf]. <www.bcn.cl>

Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 20.417. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente*. Diario Oficial 26 de Enero 2010. [pdf] <www.bcn.cl>

Página Web *Comisión Nacional del Medio Ambiente* <www.conama.cl>

Página Web *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. <www.seia.cl>

OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Cepal, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile*. Chile, OCDE, 2005.

OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Comité de Política Ambiental, Grupo de Trabajo en Políticas Ambientales Nacionales: *Making Reform Happen in Environmental Policy*. [pdf]. ENV/EPOC/WPNEP(2009)4/FINAL, noviembre 2009 <www.oecd.org>

Ley N° 19.300: Ley General de Bases del Medio Ambiente. Publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994.

Ley N° 19.473: Ley de Caza. Publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1996.

D.S. N° 66/2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: *Plan de Descontaminación para la Región Metropolitana*. Publicado en Diario Oficial de 16 de abril de 2010.

Análisis Dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno a la luz del Derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile. *Ius Et Praxis*, [En Línea], Volumen 9, N° 2, 2003. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000200002&script=sci_arttext>

ESPINOZA, Guillermo. *Evaluación de proyectos de desarrollo institucional. Un análisis comparativo*. [pdf]. Washington D.C., 2005 <<http://idbdocs.iadb.org>>

DEL FAVERO, Gabriel; KATZ Ricardo. *Gestión Ambiental ¿Cómo Avanzar?* [pdf]. Chile, 2001. <<http://www.cepchile.cl>>

O'RYAN, Raúl; DIAZ, Manuel; ULLOA, Andrés. *Algunas Aplicaciones de Economía Ambiental en Chile*. [pdf] Chile, 2005. <<http://www.cepchile.cl>>

BANCO INTERAMERICANO DEL DESARROLLO. *Política del Medio Ambiente y Cumplimiento de Salvaguardias*. [pdf]. Enero, 2005. <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getDocument.aspx?DOCNUM=665905>>

GRAHAM, Robert L., *Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society*. Second Edition. St. Paul, Minnesota. American Casebook Series West Group, 1998.

Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile

Alejandro Leiva López

Abogado

Coordinador de Postgrado

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Resumen: Tanto en Chile como en la mayoría de otras legislaciones, el tipo de parricidio ha perdido validez y su permanencia ha sido objeto de múltiples críticas. Lo anterior se ha manifestado claramente en el Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión Foro Penal el año 2005 el cual deroga el tipo de parricidio, dando lugar sólo a la tipificación del *homicidio* y *las lesiones*, decisión con la cual, por cierto, estamos en profundo desacuerdo.

Así, postularemos por la inamovilidad en nuestro código de este tipo penal, basándonos principalmente en motivos de orden constitucional, legales, históricos y jurídico-valóricos.

Realizaremos una mirada a la evolución del tipo, comenzando con sus primeras apariciones hasta llegar a la regulación actual que le ha dado nuestro país. Además, analizaremos las actas de la Comisión y las razones que tuvo a la vista para derogar el tipo, las distintas posiciones en la doctrina, para finalmente plantear nuestra posición.

Introducción

Tanto en Chile como en la mayoría de otras legislaciones, el tipo de parricidio ha perdido validez y su permanencia ha sido objeto de múltiples críticas. Lo anterior se ha manifestado claramente en el Anteproyecto de Código Penal para Chile –en adelante “Anteproyecto”– elaborado por la Comisión Foro Penal el año 2005 –en adelante “Comisión”– el cual deroga el tipo de parricidio, dando lugar sólo a la tipificación del *homicidio* y *las lesiones*, decisión con la cual, por cierto, estamos en profundo desacuerdo.

Así, postularemos por la inamovilidad en nuestro Código de este tipo penal, basándonos principalmente en motivos históricos y jurídico-valóricos. Para

sustentar los primeros, realizaremos una mirada a la evolución del tipo, comenzando con sus primeras apariciones hasta llegar a la regulación actual que le ha dado nuestro país. Para los segundos, analizaremos, además de las actas de la Comisión y las razones que tuvo a la vista para derogar el tipo, las distintas posiciones en la doctrina, para finalmente plantear nuestra posición.

En cuanto a la evolución histórica del tipo, creemos relevante realizar esta mirada, dado que se trata de un delito que trasciende nuestros tiempos y que ha estado presente en las más diversas culturas. Su origen, veremos, va más allá de una creación jurídico-sancionadora de conductas punibles. Pensamos así que nace de convicciones íntimas o *viscerales*, de un "sentido intuitivo de justicia (...) con prescindencia del derecho positivo"¹. La norma que lo sanciona es tan antigua como el derecho mismo y "(...) para muchos autores el parricidio es el primer delito que registra la etnología e incluso sostienen que es el *crimen antiquo* por antonomasia"².

Conjuntamente revisaremos las distintas penas que se le han asignado tanto en las culturas arcaicas como en aquellas más evolucionadas, mostrando al lector su errática evolución y la, hoy en día, incomprensible severidad con que fue castigado.

1. Evolución histórica del tipo de parricidio

Actualmente nuestro Código Penal en su artículo 390 define el parricidio como: "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado". Esta definición, como veremos, ha sufrido múltiples alteraciones a lo largo de la vigencia del Código chileno desde su publicación en el año 1874, tanto a nivel de los sujetos pasivos del delito, como de su penalidad³.

1.1. Primeras apariciones

Los primeros registros escritos que se han encontrado de un cuerpo organizado de leyes corresponden al Código de Hammurabi, el que data del siglo XVIII a. de J.C.⁴.

¹ El presente artículo se desprende en parte de mi Tesis de Grado denominada "Aplicación jurisprudencial del parricidio por omisión", presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Tesis que contó con la guía del profesor Hugo Rivera Villalobos, a quien agradezco su dedicación. Rodríguez (2004) p. 86.

² Politoff *et al.* (1993) p. 81.

³ Hasta el año 2001, el delito de parricidio contemplaba la pena de muerte para su autor, la cual fue derogada por la Ley 19.734, bajo el gobierno del Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar.

⁴ Para una muy completa evolución histórica del tipo de parricidio, ver a Quintano (1972), pp. 121 y ss., texto con el que, en parte, basamos este capítulo.

Según cuenta la leyenda, el Código fue recibido personalmente por el rey Hammurabi de Babilonia de manos del Dios Samash, Dios del Sol, Dios de la Justicia, con el objeto de reglar la vida de sus gobernados, para lo cual se establecían penas tanto de carácter pecuniario como físico.

Dentro de los penas con que sanciona el Código de Hammurabi, encontramos en la ley número 195⁵ aquella que castiga al hijo que le ha levantado la mano a su padre con la mutilación de las manos. Si aquella era la pena establecida por golpear al padre, no queda sino pensar que la muerte era el único destino del parricida⁶.

La ley 153 del mismo código castiga a la mujer conyugada con la pena del *empalamiento*⁷, lo que deja en evidencia la terrible severidad con que se castigaban los delitos de sangre, ley que, en opinión nuestra, constituye la primera manifestación legislativa que describe y sanciona el parricidio tal y como lo conocemos. Sin embargo, adquiriría dicha nomenclatura con muchos años de posterioridad.

En palabras del profesor español Antonio Quintano: “Los datos conocidos sobre otras legislaciones primitivas suelen ser concordantes en la dura penalidad asignada al parricidio. Así se cita la egipcia, generalmente bastante dulce, pero que reservaba al parricida la terrible de acribillar su cuerpo con espinas de rosas, y la china, que le atribuía la más dolorosa de su repertorio, la de los cuchillos que despedazaban paulatinamente las carnes del condenado, destruyéndose asimismo su casa y elevando en el solar un monumento que eternizase el maleficio”⁸.

Debemos decir que gran parte de la extrema severidad con que fue castigado este delito dice relación con lo repudiable que se ha considerado terminar con la vida de quien es la cabeza del grupo familiar, el jefe de la tribu o el patriarca de su colectividad, de ahí que el vocablo “parricidio” tenga su origen etimológico en el latín *parricidium*⁹, *palabra compuesta por los latinizgos pater* (padre) y *cida* (asesino). “En cierto modo, lo es también en una sistemática lógica, pudiendo servir de punto de partida al Derecho penal, por cuanto que la muerte del *pater* deshace el primer núcleo social de la familia, rudimento de sociedad, pletórico de sentido político y aun sacral”¹⁰.

En Roma, por otro lado, desde el siglo V a. de J.C. el parricida era castigado con

⁵ Ley 195: “Si un hijo golpeó al padre, se le cortarían las manos”. Nardoni (1993), pp.193 y ss.

⁶ Muchas de las leyes contenidas en el Código de Hammurabi no han sido descifradas, probablemente por el desgaste natural que sufrió a lo largo de los siglos la piedra que las contiene.

⁷ “Acción y efecto de empalar o espetar, atravesar, clavar, meter por un cuerpo un instrumento puntiagudo.” Real Academia Española (a).

⁸ Quintano (1972), p. 124.

⁹ “Muerte dada a un pariente próximo, especialmente al padre o la madre”. Real Academia Española (b).

¹⁰ Quintano (1972), p. 121.

la pena del *culleus* o *culleum*, pena impuesta por el rey de la época, Tarquino el Soberbio, último rey de Roma y conocido líder despótico y sanguinario, la cual consistía en meter al parricida en un saco de cuero y arrojarlo al mar o el río más cercano. Posteriormente a la misma pena se le agregó meter dentro del saco una culebra, un perro, un gato y un mono vivo, con la modalidad de que si no había un río o mar, se arrojaba al fuego¹¹.

Pese a lo anterior, durante muchos años no se castigó al padre que mataba a sus hijos, puesto que el patriarca de la familia o señor romano era considerado dueño de los mismos, pudiendo disponer libremente de sus vidas sin mayor responsabilidad penal por aquello¹². De ahí que el parricidio tenga su origen en dar muerte a los ascendientes, incluyéndose con posterioridad al resto de los consanguíneos y familiares. Es así como en la *Lex Pompeia* del año 81 a. de J.C.¹³, se incluyó a todos los ascendientes y descendientes sin límites, hermanos y colaterales hasta el cuarto grado inclusive, cónyuge y otros parientes.

En cuanto a Grecia, tal crimen era considerado absolutamente impío y repudiable incluso por los dioses, y facultaba a cualquier ciudadano a perseguir al parricida y darle muerte de cualquier forma. Incluso los legisladores griegos no trataron jurídicamente este delito, dado lo repudiable que se consideraba su comisión, siendo un pecado incluso nombrarlo, quedando así desarrollado mayoritariamente en textos, novelas y tragedias, como la conocida de Edipo, quien según lo relata Sófocles en su tragedia "Edipo rey" asesina a su padre y se casa con su madre.

El profesor Bustos nos señala que "su origen es socio-religioso, por la importancia del jefe de familia para la concepción del clan y estirpe y por ello también la trascendencia religiosa de la familia (que por eso ha ampliado el parricidio a otros miembros de ella). Ya la leyenda de Edipo señala el parricidio como un delito configurado sobre la responsabilidad objetiva, basta dar muerte al padre, aunque sea casual"¹⁴.

1.2. Edad Media

Durante la Edad Media, se mantiene la concepción romana sobre el delito, aumentando incluso la gravedad con que se sancionaba. Así es como en España la institución de las Siete Partidas continuó aplicando la pena del *culleum* al parricida, aunque en general la pena aplicada al homicida consistía en la muerte: "Siete maneras hay de penas por las que pueden los jueces escarmentar a los

¹¹ Fuensalida (1883), p. 99.

¹² Facultad conferida por la institución romana del *Ius Vitae Necisque*, incluida en la *Patria Potestad* y abolida por la *Lex Unica* de Qui parentes del emperador Constantino. Quintano (1972), p. 125.

¹³ Quintano (1972), p. 124.

¹⁴ Bustos (1991), p. 27.

que cometen yerros; cuatro de ellas son mayores y tres, menores. Y las mayores son estas: la primera es dar a hombre pena de muerte o de perdimiento de miembro (...)”¹⁵.

En Alemania y Francia la pena impuesta al parricida consistía en la de *la rueda*, aplicable a aquellos que mataran a sus parientes más próximos, entendiendo por tales aquellos unidos por vínculos de sangre, ya sean ascendientes o descendientes, pero también aplicable a quienes mataran a su cónyuge. En Francia, sin embargo, a la de *la rueda* se sumaba arrojar los restos –del ya torturado y muerto condenado– al fuego, simbolizando lo impuro y despreciable que era el delito¹⁶ (lo que se asemeja bastante a la concepción griega respecto del parricida, quienes veían en este delito un pecado sagrado).

“En lo tocante a la extensión del tipo legal, es de señalar en Francia una constante reducción, hasta incluir en el siglo XVIII (...) sólo a los ascendientes (...)”¹⁷, lo que a juicio nuestro deja ver una errática evolución del tipo penal, sin tener uniformidad respecto a los sujetos pasivos ni tampoco una pena consolidada para el mismo. Lo anterior se demuestra, por las distintas penas aplicadas en cada localidad, llegándose a utilizar los más atroces suplicios, los que, sin duda, carecían de absoluta proporcionalidad con el daño producido¹⁸.

Se podría pensar que, con la evolución propia asociada al paso de los siglos, la severidad y brutalidad con que se castiga al parricida disminuiría, pasando a tener una mejor regulación y penas menos cruentas y salvajes. Sin embargo, ello no ocurrió sino hasta que el filósofo y jurista italiano del siglo XVIII Césare Beccaria, escribiera *De los delitos y las penas*¹⁹, como reacción a las brutales y antihumanas condenas que se aplicaban tanto en su país como en el resto de Europa, texto que serviría de base para importantes reformas y un cambio en el pensamiento legislativo en materia penal²⁰. Lo anterior, englobado en lo que Cury expresa como un “(...) desarrollo de las ideas humanitarias que caracterizaron el pensamiento de la Ilustración y a los dirigentes de los movimientos liberales en la segunda mitad del siglo XVIII y los primeros decenios del XIX (...)”²¹.

¹⁵ López *et al.* (1992), p. 434.

¹⁶ Quintano (1972), p. 128.

¹⁷ Quintano (1972), p. 128.

¹⁸ Así se describen, entre otras, penas a que eran sometidos incluso delincuentes de poca monta: “En los crímenes ordinarios se condenaba a la horca a los plebeyos y a la decapitación a los nobles, pero para crímenes como el parricidio, envenenamientos, incendios y delitos contra natura se quemaba vivo al delincuente, o se le enterraba vivo, se le cortaba en trozos, o se le cocía en aceite.” Beccaria (2000), pp. 23 y ss.

¹⁹ Cuya primera edición data del año 1764, bajo el título *Dei delitti e delle pene*. Beccaria (2000).

²⁰ Entre otros de sus postulados, Beccaria sostenía que la aplicación de la pena de muerte sólo procedía en casos expresamente señalados por el legislador, quitándole arbitrariedad a la decisión de los jueces y estableciendo penas proporcionales a los delitos. Beccaria (2000).

²¹ Cury (1997), p. 323.

1.3. Legislación española

Respecto a legislaciones modernas, el Código Penal español de 1822 mantiene instituciones de las Siete Partidas, las que, como ya lo señalamos, contienen variadas penas de la antigua Roma, sin embargo, hace más compleja la configuración legal del tipo parricidio, estableciendo que no sólo se requiere la intención de matar y el conocimiento de las relaciones que lo vinculan con la víctima, sino también exigía premeditación por parte del autor.

El Código español de 1848 introduce una innovación al tratar separadamente el parricidio del infanticidio, pero fue el Código de 1870 el que lo trató con mayor especificación, ya que no sólo le entregó un artículo al parricidio, sino todo un capítulo, describiéndolo en su artículo 417 como: "El que matare a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge, será castigado como parricida con la pena de cadena perpetua a muerte", excluyendo así la pena de muerte como única sanción al parricida y dando un vuelco a la costumbre antiquísima que se mantuvo por casi cuatro mil años, desde las primeras normas penales, posición que se comenzaría a adoptar en otras legislaciones, como las latinoamericanas.

Al de 1870 le siguió el Código Gubernativo de 1928, que distinguía entre parricidio propio, esto es, de ascendientes, descendientes y cónyuges, y el impropio, de hermanos, padres e hijos adoptivos y afines en línea recta, para finalmente dictarse el Código Penal español de 1932, que ya no le daba un capítulo al parricidio, sino sólo el artículo 411, el que englobaba a los ascendientes y descendientes, legítimos e ilegítimos, lo que se mantendría con posterioridad en los códigos de 1944 y 1963.

El actual Código Penal español, promulgado el año 1995 y que entró en vigencia un año más tarde, derogó al parricidio de sus tipos penales, al igual que el infanticidio, tratándolo simplemente como un homicidio agravado por el parentesco, lo que, según palabras del autor alemán Klaus Tiedemann, responde a la simplificación de los tipos de homicidio dado a "(...) la orientación constitucional y la modernización del derecho penal español(...)"²², estableciéndose el homicidio simple (artículo 138), el asesinato (artículo 139) –que en nuestra legislación corresponde al homicidio calificado– y el denominado "súper asesinato" o asesinato "súper-cualificado" (artículo 140), este último cuando concurre más de una circunstancia agravante de las establecidas en el artículo 139 del Código español.

²² Tiedemann (2005), p. 3.

1.4. Legislación histórica en Chile

Con anterioridad a la promulgación de nuestro actual Código Penal en el año 1875, en Chile regía la legislación española, la cual estaba conformada básicamente por cédulas, decretos y ordenanzas del Rey²³.

Tras varios intentos fallidos por conformar comisiones redactoras de un Código Penal para la República de Chile, y con varias tentativas poco felices, el 17 de enero de 1870, mediante Decreto Supremo, se nombró una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Penal, el cual llegaría a buen puerto. Dicha comisión estaba conformada por siete profesores, a saber: don José Vicente Abalos, don Eulogio Altamirano, don Diego Amstrong, don José Clemente Fabres, don José Antonio Gandarillas, don Manuel Rengifo y don Alejandro Reyes, para dos años más tarde sumárseles don Adolfo Ibáñez²⁴.

La comisión tuvo básicamente dos textos a la vista al redactar y preparar el proyecto: por un lado, el Código Penal español, que, tras varias discusiones entre los comisionistas, sería la principal fuente de consultas²⁵, y, por el otro, el Código Penal belga, el cual había sido traducido al castellano por don Manuel Carvallo y publicado en 1868, misión que le había encomendado en 1956 el Gobierno de Chile, con el objetivo original de redactar un proyecto de Código conocido posteriormente como el "Proyecto Carvallo"²⁶⁻²⁷.

Iniciados ya los trabajos de preparación y redacción del proyecto, en la sesión 77, de fecha 29 de abril de 1872, la comisión pasó a revisar el Título VIII, relativo a "Los delitos contra las personas" y en primer lugar del parricidio.

En esta materia se decidió seguir al Código Penal español y la primera discusión se centró en aplicar o no al Código chileno la distinción que dicho texto legal hacía entre parricidio simple y calificado²⁸.

²³ Según el profesor Del Río, esta se componía de: "su Consejo de Indias, desde 1680 hasta 1810; la Recopilación de Indias (1680); la Novísima Recopilación (1805); las Leyes de Estilo; el Fuero Real (1255); el Fuero Juzgo, y las Siete Partidas (1265), textos que rigieron por el orden que queda expresado por disposición del legislador español respecto de todos, menos de las Leyes de Estilo, y respecto de estas últimas, por Decreto Supremo de 28 de abril de 1938, que mandó considerarlas con la misma autoridad que el Fuero Real". del Río (1935), p. 304.

²⁴ Pocos años después, don Alejandro Fuensalida escribiría: "Creemos que el Código, con hombres especiales en la ciencia penal, pudo ser una obra más perfecta". Fuensalida (1883), p. 10.

²⁵ Sobre dichas discusiones y su naturaleza, ver: De Rivacoba y Rivacoba (1974), p. 397; Fernández (1900) p. 145; Lazo (1915), p. XII y Fuensalida (1883) pp. 93 y ss.

²⁶ Lazo (1915) p. XI.

²⁷ Para más sobre dicho proyecto y los anteriores, ver a: de Rivacoba y Rivacoba (1974), pp. IX y ss.

²⁸ Así, el Código Penal español en su artículo 332 definía el parricidio como: "El que mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos, ilegítimos o adoptivos, o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge, será castigado como parricida: 1º Con la pena de muerte, si concurriere la circunstancia de premeditación conocida, o la de ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido. 2º Con la pena de cadena perpetua a la de muerte, si no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en el número anterior". Lazo (1915), p. 306.

Posteriormente, se decidió por no hacer la distinción entre parricidio simple y calificado que hacía el Código Español, sobre la base que los señores Reyes e Ibañez "(...) no creían aceptable las distinción de varias especies de parricidio con pena también diversa. En su concepto, este delito es de tal naturaleza, que merece por regla general la pena de muerte, aun cuando no concurren circunstancias que lo agraven"²⁹. Esto derivó en que, una vez publicado el Código Penal chileno, dicho delito fuera castigado con la pena única de muerte, pese a la posición contraria de los señores Altamirano y Gandarillas, quienes apoyaban más la posición del texto español: "(...) habrá muchos casos de parricidio que no merezcan la pena de muerte, i harán necesaria la modificación del castigo por medio del indulto"³⁰.

En la sesión siguiente y por intervención del señor Reyes, se expresó que para imponer la pena al delito de parricidio, debería el sujeto activo conocer las relaciones que lo ligan con la víctima, lo que finalmente fue aceptado por la comisión, lo que aún perdura redactado de dicha forma en nuestro Código³¹.

Finalmente, se dijo que debía castigarse este delito "(...) en todo caso que aparezca comprobado el parentesco, aun por otros medios que los que la lei civil establece (...) "³², por lo que se excluyeron las limitaciones respecto de los padres e hijos ilegítimos.

De esta forma, la comisión redactora del Código aprobó y fijó en el artículo 377 del Proyecto el siguiente texto para el delito de parricidio: "El que mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge, conociendo la relación que los liga, será castigado como parricida con la pena de muerte"³³.

Dos años más tarde, y tras acaloradas discusiones en el Congreso Nacional³⁴, el 12 de noviembre de 1874 se aprobó el Código Penal chileno, el cual comenzaría a regir a partir del 1° de marzo de 1875.

Las siguientes reformas de importancia que apreciamos en el delito de parricidio se produjeron en la segunda mitad del siglo XX. Así, en 1953 se derogó la disposición, alojada en el artículo 10 del Código, que eximía de responsabilidad al marido que mataba a su mujer tras sorprenderla en acto flagrante de

²⁹ De Rivacoba y Rivacoba (1974), p. 397.

³⁰ De Rivacoba y Rivacoba (1974), p. 397.

³¹ Lazo (1915), p. 307.

³² De Rivacoba y Rivacoba (1974), p. 398.

³³ De Rivacoba y Rivacoba (1974), p. 398. Artículo que luego sería posicionado en el numeral 390 del Código Penal con una no muy diferente redacción.

³⁴ Entre ellas se menciona la participación de varios senadores y el Arzobispo y Obispos de la República, quienes objetaron diversos artículos, entre ellos, los relativos al homicidio. Lazo (1915), pp. XII y XIII.

adulterio³⁵. Dicha norma ya había sido discutida por la comisión redactora y “no obstante que fue combatida con vehemencia”³⁶ por algunos de los comisionistas, subsistió el precepto hasta la fecha antes indicada.

La siguiente modificación se produjo el 6 de enero de 1970 con el artículo primero de la Ley 17.266, que sustituyó la pena única de muerte que existía hasta esa fecha, por la de presidio mayor en su grado máximo a muerte.

Esto cambiaría drásticamente el 5 de junio de 2001, en que el artículo 1º de la Ley 19.734 derogó para el Código Penal la pena de muerte –subsistiendo hasta hoy sólo en el Código de Justicia Militar–, modificando el artículo 390 y estableciendo como pena máxima para el autor del delito de parricidio la de presidio perpetuo calificado.

Finalmente, el artículo 21 letra b) de la Ley 20.066, de 2005, modifica el delito de parricidio específicamente respecto de los sujetos pasivos del crimen: en primer lugar, eliminando la distinción que se hacía respecto a los hijos legítimos e ilegítimos, pasando así a incluir a todos los hijos por igual, y, segundo, incluyendo dentro del tipo al “conviviente”. Respecto a este último agregado, pese a que el origen de incluir al cónyuge tiene su fuente “en el profundo sentimiento de amor que existe entre ambos”, creemos en extremo dilatada su actual composición, puesto que el incluir al conviviente distorsiona el tipo, por un lado, haciéndose cargo de una presunción desmesuradamente diluida y, por otro, extendiéndolo a situaciones de difícil prueba y comprobación.

Desde otro punto de vista, el legislador está privilegiando, como “bien jurídico a tutelar”, la vida de un extraño –en el sentido de vínculos de sangre y filiación– por sobre la vida de, por ejemplo, los hermanos, quienes son personas con las que los lazos generalmente son más intensos y verificables que aquellos existentes con la pareja, incluyendo así relaciones pasajeras o poco profundas, pero que de una u otra forma se incluyen en la voz “conviviente”. A su vez, se estaría incluyendo, dentro del término, a personas del mismo sexo, ya que, como el legislador no distingue, no nos sería lícito hacerlo nosotros.

2. Doctrina moderna; abolición del tipo de parricidio

Revisada la evolución histórica del tipo, hemos querido hacer un análisis al tratamiento que se pretende dar al delito de parricidio en el Anteproyecto de Código Penal –en adelante “Anteproyecto”– elaborado por la Comisión Foro

³⁵ Derogado por el artículo 4 de la Ley 11.183, de 10 de junio de 1953.

³⁶ De Rivacoba y Rivacoba (1974), p. XX.

Penal y que fue entregado al ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, el 18 de diciembre de 2005.

En este foro se convocó a gran parte de los profesores de Derecho Penal del país y tuvo como objeto principal redactar un Código Penal actual y acorde a los nuevos procedimientos que rigen nuestro país.

El Anteproyecto consta de dos libros³⁷. El libro primero se refiere a las generalidades relativas al derecho penal, tratando primeramente el delito y las circunstancias que eximen de responsabilidad penal, las que la atenúan y la agravan, las personas responsables de los delitos, los efectos de la ley penal chilena, las penas y la extinción de la responsabilidad penal. El libro segundo se refiere esencialmente a los delitos y su tratamiento en particular, dedicándole el título primero al homicidio y las lesiones³⁸.

En los títulos que siguen se mantiene esta preponderancia dada a los delitos que afectan a las personas en su condición física, tratando los delitos como el aborto, el abandono de personas desvalidas, la omisión de socorro y aquellos que atentan contra la libertad de las mismas, para continuar con toda la gama de delitos que contempla nuestro ordenamiento e incluso con nuevas formas de ellos, como los que atentan contra el medio ambiente y el orden socioeconómico. Esto último, según el profesor Fernández, obedece a un "(...) necesario proceso de modernización (...)"³⁹ incluyéndose en el ámbito del derecho penal nuevos bienes jurídicos a tutelar.

En este sentido, no se han contemplado en el Anteproyecto delitos que no dicen relación con los tiempos actuales. El mejor ejemplo es el delito *del duelo* y todos sus derivados, que actualmente carecen de relevancia jurídica fuera de la histórica y que obedecían a una realidad completamente distinta a la nuestra.

2.1. Redacción del Anteproyecto en cuanto al delito de homicidio

El artículo 80 del Anteproyecto, que da inicio al libro segundo, trata sobre el homicidio y las lesiones estableciendo que: "El que mate a otro será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado medio". El artículo que le sigue describe que: "La pena será de reclusión mayor en su grado máximo para el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

³⁷ A diferencia del actual Código Penal, el que posee tres libros, último de los cuales versa sobre la faltas.

³⁸ Se entiende en este orden la intención clara de tratar de manera preferente los delitos que atentan contra la integridad de las personas en sus condiciones físicas y morales, otorgándole una mayor relevancia jurídico penal al ser humano antes que al Estado, en contraposición a lo que hace nuestro actual Código Penal, que trata, primeramente, los crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado. Ver Secretaría Técnica Comisión Foro Penal (c) (2006), pp. 2 y ss.

³⁹ Fernández (2006), p. 3.

Primera. Con alevosía.

Segunda. Por o mediante premio o promesa remuneratoria.

Tercera. Con ensañamiento, aumentando inhumana y deliberadamente el dolor al ofendido”.

Los artículos siguientes dicen relación con aquellos homicidios que se cometan con ocasión de otros delitos, como el secuestro, torturas, violación, y otros.

Se modifica así la actual tipificación del homicidio, sólo en cuanto a la elevación de las penas para el homicidio simple y calificado y, suprimiéndose la agravante de premeditación. De esta nueva redacción podemos hacer un símil con la actual composición del Código Penal español, el cual distingue, como ya hemos señalado, entre el homicidio, el asesinato y el asesinato supercualificado.

Háyase o no seguido este último cuerpo normativo entre los comisionistas, nuestra posición es clara en el sentido de que la modernización y reajuste del derecho penal no dice relación alguna con la simplificación de los tipos, sino con una concienzuda responsabilidad de equilibrio entre lo que el pasado nos ha enseñado y las necesidades actuales de nuestra sociedad.

2.2 Derogación o no consideración del tipo de parricidio en el Anteproyecto

La incomprendida realidad es que la Comisión no considera el delito de parricidio dentro del Anteproyecto de Código Penal. La actual composición no contempla en su articulado norma alguna referente a los delitos que atentan contra la vida de quienes componen lo que la Constitución Política de la República denomina “el núcleo fundamental de la sociedad”, como tampoco contempla normas que establezcan una causal de agravación respecto de los delitos cometidos contra ciertos parientes.

Este, a juicio nuestro “error”, esperamos sea referente para los parlamentarios al momento de discutir el proyecto de ley que establezca el nuevo Código Penal chileno o aquellos que pretenden derogar el artículo 390.

2.3 Fundamentos de derogación de la Comisión

Pese a que la elaboración del Anteproyecto conllevó un trabajo exhaustivo por parte de los profesores integrantes de la Comisión, ni aun en los Materiales de Discusión presentados a ésta⁴⁰, se nos entregan razones o fundamentos para no incluir en su articulado el tipo de parricidio.

⁴⁰ Ver, Secretaría Técnica Comisión Foro Penal (b) (2006) y Secretaría Técnica Comisión Foro Penal (c) (2006).

En otras palabras, carece el Anteproyecto de los cimientos mínimos necesarios para llenar el vacío legal que produce su derogación, puesto que no sólo dejaría sin efecto una norma, sino que excluye de su articulado un tipo cuya existencia deriva directamente de un mandato constitucional.

A partir de este precedente, el presente título carecería –en principio– de significación, puesto que no existen, lisa y llanamente, fundamentos que analizar.

Pese a ello, esta omisión nos permite sostener inicialmente dos hechos de extrema relevancia. El primero, la inexistencia de un consenso razonado en cuanto a la derogación del tipo y, segundo, la ausencia de un debido proceso de reflexión en cuanto a la relevancia jurídica y político-criminal del delito, ambas consideraciones necesariamente recíprocas si queremos eliminar así no más una figura de tanta significación.

Por otro lado, la ausencia de fundamentos formales de carácter derogatorio nos permitirá no solamente fundar nuestra posición desde un punto de vista político-criminal, sino que nos deja abierta la posibilidad de abordar el tema desde las más distintas aristas, las cuales no han sido consideradas hasta ahora y que creemos revisten la mayor relevancia.

Ahora bien, ciñéndonos al texto del Anteproyecto y a los Materiales de Discusión presentados a la Comisión, podemos rescatar las opiniones realizadas por contados profesores, quienes nos ofrecen su posición individual acerca del tipo y su tratamiento, las que pasaremos a revisar a continuación:

En palabras de los profesores Karin y Carlos Künsemüller: “La supresión del parricidio como figura autónoma no es un tema fácil en nuestro medio, pero la proposición se sitúa en la orientación de los Códigos europeos más importantes”⁴¹. Sin embargo, se muestran a favor de mantener como circunstancia agravante el hecho de dar muerte al padre, madre o hijo, tal como lo han hecho los códigos argentino y portugués.

El profesor Jaime Retamal, por su parte, postula por la mantención de una circunstancia agravante especial, la cual da cuenta del mayor reproche que puede significar para el autor dar muerte, bajo determinadas circunstancias, al pariente cercano, al cónyuge o al conviviente. Su fundamento radica en la crítica y, por tanto, el motivo principal de derogación del tipo, la que tiene su fuente en la agravación automática que bajo nuestro actual código se produce con el delito de parricidio, puesto que por el solo hecho de provocar la muerte de cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 390 se produce la agravación *ipso facto* de la figura, vulnerándose así el principio de culpabilidad.

⁴¹ Secretaría Técnica Comisión Foro Penal (c) (2006), p. 9.

Por otro lado, se basa en que la gran mayoría de los parricidios se generan de actos de motivación liberatorios, como en el *conyugicidio* (especialmente respecto de la mujer que mata al marido), librándose en dicho acto de su posición de víctima, hecho ante el cual el juez no tiene la posibilidad de valorar la culpabilidad en sentido atenuatorio. De esta forma, Retamal postula que junto al fundamento de la agravación, en este caso, debe concurrir un supuesto, en que además de lesionarse la vida humana, la acción realizada por el pariente, cónyuge o conviviente implique un mayor reproche debido a la existencia de relaciones parentales, consanguíneas o conyugales que generan confianza y afecto entre las personas, y no debido a la existencia de un simple vínculo jurídico⁴².

A partir de estas opiniones, y a lo que parte de la doctrina estima como motivos de derogación, pasaremos a revisar las que, a opinión nuestra, constituyen las principales razones derogatorias del tipo:

1. En primer lugar, apreciamos la tendencia europea de derogación del tipo. Seguida, por ejemplo, por Politoff, Matus y Ramírez, para quienes tras ser "(...) –suprimido en la década pasada por los Códigos penales alemán, francés y español–, es hoy en día una especie en extinción de los ordenamientos modernos, atendida su difícil justificación(...)"⁴³⁻⁴⁴.

A nuestro juicio, las tendencias en materia de derecho comparado, en cuanto a la evolución del derecho penal, revisten de un carácter en extremo relevante. Sin perjuicio de ello, ilógico es pretender la aplicación de tendencias extranjeras que no dicen relación con nuestra realidad socio-normativa. Explicamos lo anterior, en cuanto el Derecho, como creación colectiva de una Nación, debe estar al servicio y en sintonía con nuestros principios normativos y contingencia propia, las que si bien no pueden identificarse en forma absoluta en nuestra sociedad, sí merecen el respeto y obediencia cuando democráticamente se han dictado. De esta forma, no merece mayor significación –en este punto– una tendencia adquirida de forma foránea.

2. Justificación puramente axiológica de permanencia del tipo⁴⁵. Frente a la cual difícil nos resulta sostener que el mayor reproche aplicado al parricida provenga exclusivamente de argumentos meramente morales o valóricos. Ya sea por tratarse de un delito de carácter *pluriofensivo*⁴⁶ o, por su origen ético-religioso

⁴² Secretaría Técnica Comisión Foro Penal(c) (2006), pp. 10 y ss.

⁴³ Politoff, Matus y Ramírez (2009), p. 72.

⁴⁴ "Así ha sucedido, por ejemplo, en la legislación penal de Austria, Alemania, España y Holanda. De igual modo, carecen de preceptos específicos sobre la muerte de un pariente las leyes penales de Inglaterra, Dinamarca, Finlandia, Grecia, entre otros". Ossandón (2010), p. 417, nota 5.

⁴⁵ Señalada entre otros por Bustos (1991) pp. 27 y ss., Politoff *et al.* (1993), p. 82, y Politoff, Matus y Ramírez (2009), p. 72.

⁴⁶ Concepto señalado por Politoff *et al.* (1993), p. 82. "Si el fundamento de la mayor penalidad se le quisiera referir a una característica propia del injusto, esto es, a la conveniencia social de dispensar a la

–a lo que ya nos hemos referido–, la justificación del tipo arranca, además, de normas expresamente reconocidas en nuestro ordenamiento.

Su fundamento, en primer término, arranca del ya mencionado artículo 1° inciso segundo de la Constitución, que reconoce la familia y, por tanto, sus miembros, como célula básica del Estado⁴⁷. A mayor abundamiento, el inciso cuarto del mismo artículo reafirma lo anterior, al establecer que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia (...)”⁴⁸⁻⁴⁹.

La derogación del tipo precisamente declara lo contrario, al manifestar que el dar término a la vida del padre, madre o hijo es similar y merecedor de la misma pena que el terminar con la vida de un extraño. Así, no solamente se pasa a llevar el mandato constitucional recién mencionado, sino también el principio de proporcionalidad de las penas reconocido en nuestra Carta Fundamental⁵⁰⁻⁵¹, principio que en ningún caso deriva únicamente de la relación entre el bien jurídico tutelado –en este caso, la vida– y la pena asignada por el legislador a cada tipo en particular, sino también de las especiales circunstancias que rodean el hecho delictivo, la capacidad de actuar del sujeto y la de comportarse de acuerdo al Derecho, elementos que nos permiten medir el nivel de reprochabilidad de la conducta y, por tanto, la culpabilidad⁵².

familia y a la institución matrimonial una más enérgica tutela, el parricidio pasaría a ser no un homicidio más reprochable, sino un delito *pluriofensivo* (...)”.

⁴⁷ En el mismo sentido, Garrido (2005), p. 71.

⁴⁸ En profundidad, ver Silva (1997), pp. 33 y ss.

⁴⁹ “En relación a la familia el encargo constitucional comprende dos misiones: la de protegerla y la de propender a su fortalecimiento, y ambas obligaciones son simple consecuencia de haberla declarado, en el inc. 2°, núcleo fundamental de la sociedad. Esas dos orientaciones de la actividad estatal derivan de modo tan ineludible del reconocimiento de la familia como núcleo social básico que, con lógica, al comienzo, en el proyecto Ortúzar y en el del Consejo de Estado, se incluyeron ambos deberes en el mismo inc. 2° (...)”. Silva (1997), p. 75.

⁵⁰ Véase el notable voto disidente del Ministro Iván Aróstica Maldonado, “(...)En efecto, de su artículo 19, N° 3, inciso octavo, se infiere que la ley ha de realizar una conjugación coherente y equilibrada al establecer “penas” amén de describir, con paridad, la “conducta” que se sanciona. Siendo decidor que ya en la definición de pena se reconozca que “la justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para aquél” (Diccionario Jurídico Espasa Madrid, 1993, p. 735), a ello se suma la necesidad de que las relaciones entre el Estado y las personas se sujeten a un ecuánime patrón de reciprocidad, de suerte que al mal representado por la conducta cometida, la autoridad no puede sino responder con otro mal, representado por la pena, que le sea equivalente(...)”. Tribunal Constitucional (2010), RoJ 1413-09-INA.

⁵¹ Nos referimos, por cierto, a quienes creen que la reacción penal frente a quien da término a la vida de un tercero es equivalente o jurídico-penalmente sancionable de igual manera respecto de quien termina con la vida de un familiar, puesto que el bien jurídico tutelado es el mismo, sin que exista una mayor valoración normativa respecto de la vida de determinadas personas, punto con el cual no podemos discordar, ya que así lo declara el inciso primero de nuestra Carta Fundamental. Sin embargo, ello no obsta a la mayor reprochabilidad de la conducta y, por tanto, una mayor pena en determinados casos.

⁵² En este sentido, Cury (1997), p. 314. “El punto de partida con arreglo al cual se consagra la pena amenazada por la ley en abstracto para cada delito en general, es la magnitud del injusto respectivo, la que, a su vez, deriva de la evaluación del disvalor de la acción y resultado del hecho tipificado”.

En el Código Civil, por su parte, encontramos todas aquellas normas regulatorias del derecho de familia. Así, el título IX del Libro I, establece en su artículo 222 inciso segundo que: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo (...)”. El artículo 223 del mismo título nos dice que, aún emancipado el hijo, “(...) queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios”. Y dentro de las obligaciones entre los cónyuges, el artículo 131 establece que éstos deberán “(...) socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (...)”. Normas que, a mayor abundamiento, califican como fuentes de garante reconocidas frente a los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, como lo es el delito de parricidio por omisión⁵³.

Finalmente, la Ley 20.066, del 21 de septiembre de 2010, sobre Violencia Intrafamiliar, establece y declara en su artículo segundo que “Es deber del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia”.

Paradójicamente y, en apoyo a la tesis aquí defendida, el legislador chileno ha tendido precisamente a la ampliación del tipo de parricidio. Como vimos, no sólo se han ampliado los sujetos pasivos comprendidos en el delito, sino además se discuten actualmente proyectos de ley que precisamente se encaminan en esa línea. Hablamos por cierto del delito de *femicidio*⁵⁴⁻⁵⁵.

Difícil nos resulta entonces concordar con una visión crítica basada en la sola concepción moral o valórica del tipo que abona por su supresión. Indiscutible es que el delito de parricidio tiene un origen eminentemente axiológico, pero ello precisamente deriva de su antigüedad. Por ello, no sólo su historia abona por su permanencia, sino que además, por haber sido reconocido y prescrito claramente, tanto en la Constitución como en las leyes, las cuales en forma abierta consolidan el tipo como máximo sancionador de conductas que con mayor certeza coartan la vida de estos parientes.

Pese a lo anterior, nuestro mayor obstáculo en la defensa del tipo radica en su desvirtualización. Su origen, como hemos señalado, surge de la protección de “(...) los vínculos que la naturaleza ha criado entre ellos por el sólo hecho de la paternidad (...)”⁵⁶, sin embargo, su actual tipificación se aleja bastante de dichos propósitos.

53 Sobre este punto ver a Leiva (2010), pp. 39 y ss.

54 En el mismo sentido, Ossandón (2010), p. 417.

55 Ver, Proyecto de Ley (2007). Proyecto cuya técnica legislativa deja bastante que desear y que, a nuestro juicio, en cuanto a la tipificación del *femicidio*, debiera tratarse en todo caso como circunstancia agravante, más no agregando un nuevo inciso al artículo 390, el cual ya ha sido lo suficientemente desvirtuado.

56 De Rivacoba y Rivacoba (1974), p. 398.

3. Vulneración del principio de culpabilidad, debido a la agravación automática o *ipso facto* del tipo. Punto frente al cual debemos distinguir, antes que nada, la posición doctrinaria acerca de la naturaleza del delito de parricidio que pretendamos adoptar. Esto es, si se trata de un delito autónomo e independiente de la figura del homicidio o es simplemente la agravación de esta última figura debido a la relación de parentesco entre los sujetos activo y pasivo⁵⁷.

Pensamos así, que el parricidio es un delito absolutamente autónomo e independiente de la figura del homicidio, tanto por su ubicación en el código, que lo trata antes que al homicidio; porque se sanciona al sujeto activo como parricida y no como homicida⁵⁸ y; por su origen histórico, delito que, como ya hemos señalado, nace de la mano con el Derecho Penal mismo.

Independiente de la íntima similitud que exista entre ambos delitos, puesto que la conducta es la misma y comparten el bien jurídico a tutelar, históricamente el tratamiento constitucional y legal, la sanción penal y moral aplicable a ambos ha sido totalmente diferente. El parricidio protege la vida al igual que el homicidio, sin embargo, el primero no sólo tiene una razón moral de existencia, de orden religioso, ético, sacral, o incluso de sentido común o natural, sino que protege lo más íntimo, aquello que en forma autónoma de las relaciones interpersonales entre quienes forman una familia, debe ser resguardado. Lo anterior lo vemos reflejado en que no existe en nuestra sociedad conducta más reprochable, más deshonrosa o que ataque en forma más brutal el espíritu humano que aquella de quien acomete contra su hijo o padre. Así, su autonomía va más allá de un tecnicismo jurídico, puesto que protege valores arraigados en la sociedad y que no pueden ser desconocidos y menos tratados en un nivel igual o inferior al del homicidio. Simplemente, no se trata de dar muerte a cualquiera.

Bajo esta premisa, no habría una agravación del tipo que vulnerara el principio de culpabilidad, puesto que, como norma autónoma establecida y sancionada individualmente en el artículo 390, su consumación en ningún caso implica un mayor castigo para quien lo comete, que aquel mismo que describe y sanciona.

⁵⁷ "Al menos para los que estimamos que el Derecho no es pura lógica, sino ante todo vida cultural, no resulta del todo convincente pensar que, humanamente hablando, el parricida sea un homicida. Por mucho que lo sea formalmente, el padre es para el hijo, y el hijo para el padre, mucho más que un hombre, y el ancestral eco de reprobación moral y aun de horror que la palabra parricidio evoca en todos los espíritus, es una realidad existencial y culturalista que el jurista celoso de las esencias vivas del Derecho no puede ni debe desconocer, ni menos sacrificar por pruritos de sedicente tecnicismo lógico-jurídico, que sólo es respetable cuando se pone al servicio de aquellos valores, y no en pugna con ellos. Eso sin contar con que nuestro tiempo no está tan sobrado de estímulos fortalecedores de los vínculos familiares como para que desconsideradamente se dejen sin expresa y rotunda protección penal los más elementales". Quintano (1972), pp. 139-140.

⁵⁸ En el mismo sentido, Garrido (2005), pp: 76-77.

Por otro lado, la culpabilidad en sí no dice relación con la antijuridicidad material de la conducta⁵⁹, sino más bien con la capacidad y el conocimiento del autor. Así “el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho”⁶⁰. Atentaría contra dicho principio, por ende, si el sujeto se encontrase, por ejemplo, limitado en su accionar por un estado de necesidad o, bajo el supuesto de un error de prohibición invencible.

4. Finalmente, y frente a la crítica que nace a raíz de la motivación especial que acompaña la gran mayoría de parricidios en Chile, como el mencionado de la mujer –u otro de los sujetos activos del tipo– que actúa en legítima defensa o motivada por actos liberatorios, o bajo cualquier otra estimulación o circunstancia de anormalidad en cuanto a su capacidad y el conocimiento al momento de cometer el delito, tendremos que estar en cada caso al conjunto de normas autónomas –ya sea atenuatorias o exculpatorias– que velan por el cumplimiento del principio de culpabilidad en forma independiente de la figura misma de que se trate, ya sea de un homicidio, parricidio u otro.

3. Conclusiones

El delito de parricidio nos ha acompañado incluso desde antes del proceso de positivización del Derecho Penal. Ya en el Código de Hammurabi encontramos normas que lo sancionan, lo cual da cuenta de su necesidad existencial y el reproche inherente que conlleva su comisión.

Pese a que no ha sido considerado en el Anteproyecto, no existe un consenso generalizado en cuanto a su derogación. Distintos autores así lo postulan y los fundamentos derogatorios existentes no dan cuenta de un acabado estudio en cuanto a la suplencia del vacío que acarrea su supresión.

Postulamos así, primeramente, que las nuevas tendencias traídas especialmente de Europa no deben considerarse sin tomar en cuenta nuestra realidad socio–normativa. Éstas últimas son precisamente las que reconocen y amparan su vigencia.

⁵⁹ Así, Roxin distingue la antijuridicidad formal de la material. La primera, se refiere a la oposición que existe entre la acción y los mandatos del ordenamiento jurídico. La segunda, en cambio, dice relación con el daño o perjuicio que dicha acción ha provocado en un determinado bien jurídico, la cual, por su relevancia, debe ser combatida por el derecho penal. El sentido de esta distinción radica en los efectos que se derivan de ella, así el concepto de antijuridicidad material permite graduar la conducta y su nivel de injusto, permite a su vez interpretar los tipos penales y, permite entregar fundamentos para los principios que fundan las causales de exclusión. Roxin (1997) pp. 554 y ss.

⁶⁰ Roxin (1997) p. 792.

Por otro lado, su fundamento y, por tanto, su permanencia, no proviene exclusivamente de argumentos éticos, valóricos o axiológicos. Su soporte y razón de ser nace de la Constitución Política de la República y de diversas leyes, las que reconocen y amparan la protección de la familia y sus miembros. Así, tácitamente se deduce que su derogación atenta contra los principios de la Carta Fundamental y aquellos que informan nuestro derecho positivo.

Por último, el principio de culpabilidad no se ve en ningún caso menoscabado con la permanencia del tipo, puesto que dicho principio precisamente cuenta en nuestro ordenamiento con los instrumentos y normativa propios que lo amparan y reconocen.

Atrás han quedado las consideraciones no sólo legales o constitucionales, sino también aquellas valóricas u axiológicas que a juicio nuestro deben motivar la actividad legislativa en materia penal. Se desconoce tanto la existencia histórica del delito, como este ha servido de punto de inicio al Derecho Penal y la relevancia que reviste mantener en la sociedad los más mínimos resabios de respeto y protección entre los miembros que forman una familia, independientemente del fin propio que queramos darle a la pena, sea esta retributiva, preventiva o medicinal.

Es función del Derecho Penal mantener inexorablemente la tutela de aquellos bienes jurídicos que trascienden el tiempo y las costumbres. Un sistema penal que deja a un lado la protección de estos valores crea un vacío en el espíritu mismo del derecho, aquello que le da forma y consistencia, el que sólo puede ser llenado por la desnaturalización de la actividad jurisdiccional, que pasa a ser un simple administrador de normas sancionadoras carentes de justicia y equidad.

Cierto es que el fundamento del Derecho Penal sea en caso alguno la imposición de valores o convicciones de unos pocos, lo que no impide su función social y la cautela de aquellos que nos identifican como seres racionales y sensibles.

El delito y la pena tras el parricidio no responden a tecnicismos ni mucho menos a primitivos y añosos resabios culturales de legisladores arcaicos, sino que reflejan aquello que es relevante para el humano celoso de la justicia y una sociedad que mantiene sus valores enfocados en lo que es verdaderamente trascendente.

Bibliografía

BECCARIA, Cesare (2000): *De los delitos y de las penas, Con el Comentario de Voltaire* (12ª edición, Madrid, Alianza Editorial) 215 pp.

BUSTOS, Juan (1991): *Manual de Derecho Penal, Parte Especial* (2ª edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A.) 414 pp.

CURY, Enrique (1997): *Derecho Penal, Parte General* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (1974): *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno. Edición Crítica con motivo de su centenario* (Valparaíso, Ediciones EDEVAL).

DEL RÍO, Raimundo (1935): *Derecho Penal, la teoría y la historia* (Santiago, Editorial Nascimento) Tomo I.

FERNÁNDEZ, José Ángel (2006): "El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad" / *Revista Política Criminal* (online) [Fecha de consulta: 19 de abril de 2010] Disponible en : http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_5.pdf

FERNÁNDEZ, Pedro Javier (1900): *Código Penal de la República de Chile. Explicado y Concordado* (2ª edición, Santiago, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona) Tomo II.

FUENSALIDA, Alejandro (1883): *Concordancias i comentarios del Código Penal Chileno* (Lima, Imp. Comercial, Calle de Huallaga) Tomo I.

GARRIDO, Mario (2005): *Derecho Penal, Parte Especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo III.

LAZO, Santiago (1915): *Los Códigos Chilenos Anotados. Código Penal, Orígenes, Concordancias, Jurisprudencia* (Santiago, Poblete Cruzat Hnos. Editores)

LEIVA, Alejandro (2010): *Aplicación jurisprudencia del parricidio por omisión*. Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. (Santiago, Biblioteca Universidad del Desarrollo) 80 pp.

LÓPEZ ESTRADA Y LÓPEZ GARCÍA-BERDOY (1992): *Las Siete Partidas, Antología. Alfonso X el sabio* (Madrid, Editorial Castalia) 465 pp.

OSSANDÓN, María Magdalena (2010): "La faz subjetiva del tipo de parricidio" / *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (online) [Fecha de consulta: 26 de octubre de 2010] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100012&lng=es&nrm=iso&tlng=es

POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS (1993): *Derecho Penal, Parte Especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 294 pp.

POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ (2009): *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 692 pp.

QUINTANO, Antonio (1972): *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (2ª edición, revisada y puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) Tomo I.

RODRÍGUEZ, Pablo (2004): *Teoría de la interpretación jurídica* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 177 p.

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Traducción de la 2ª edición alemana, Madrid, Civitas) Tomo I.

SILVA, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo IV.

TIEDEMANN, Klaus (2005): "El nuevo Código Penal español y el espíritu codificador" / *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes* (online) [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2009] Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14731>

Documentos

NARDONI, Enrique (1993): "La Justicia en la Mesopotamia Antigua" / *Revista Bíblica* (online) [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2010] Disponible en: http://www.revistabiblica.org.ar/articulos/rb55_193.pdf

PROYECTO DE LEY (2007): "Modifica el Código Penal y el Decreto Ley N° 321, de 1925, para sancionar el femicidio y aumentar las penas aplicables a este delito". Boletín N° 4937-18 y Boletín N° 5308-18 [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2010] Disponible en: http://www.diputados.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5327&prmBL=4937-18

DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (a), Vigésima segunda edición (on line) [Fecha de consulta: 27 de Agosto de 2009] Disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=empalamiento

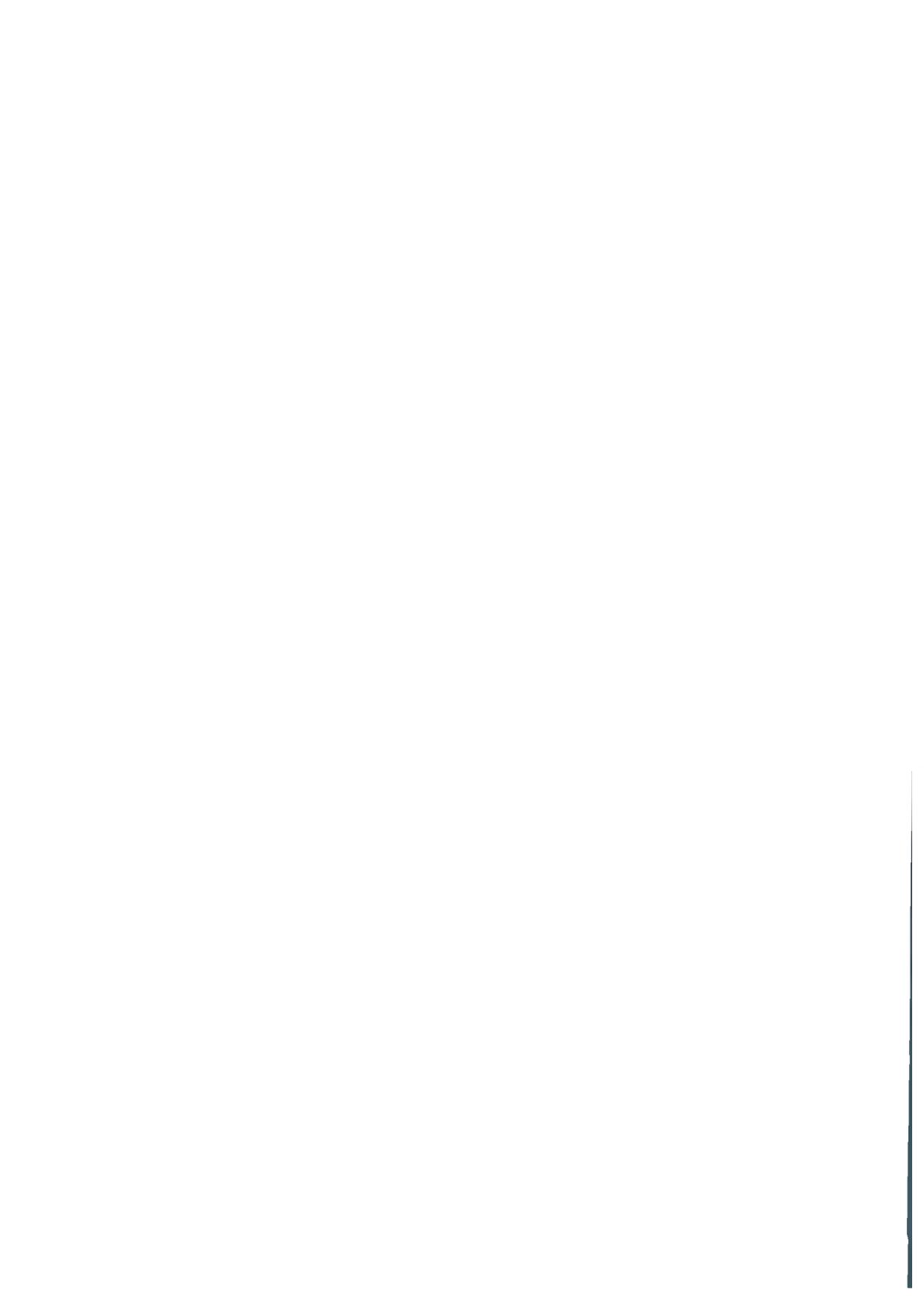
DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (b), Vigésima segunda edición (on line) [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2009] Disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=parricidio

SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL(a) (2006): "Anteproyecto Nuevo Código Penal" / *Revista Política Criminal* (online) [Fecha de consulta: 19 de abril de 2010] Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf

SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL(b) (2006): "Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General" / *Revista Política Criminal* (online) [Fecha de consulta: 19 de abril de 2010] Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf

SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL(c) (2006): "Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial" / *Revista Política Criminal* (online) [Fecha de consulta: 19 de abril de 2010] Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_3.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): rol N° 1413-09-INA de 16 de noviembre de 2010
[Fecha de consulta: 16 de Noviembre de 2010] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1625>



Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación

Jorge Luis Varela Del Solar

Director Académico, Postítulo Derecho Ambiental

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Resumen: El autor analiza desde una perspectiva comparativa los articulados de dos tratados ecológicos que dan énfasis a su interpretación jurídica conforme al Derecho Internacional Ambiental.

1. Propósito del estudio

El propósito de este trabajo es examinar y comparar, preliminarmente, desde una perspectiva objetiva (y no analítica), los textos de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de los¹ Países de América², adoptada el 12 de octubre de 1940, por la Unión Panamericana³ y de la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁴, adoptada el 5 de junio de 1992, por la Conferencia Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, de Brasil 92⁵.

En aquellos aspectos pertinentes, el texto se extiende a efectuar comparaciones específicas, en cuanto al ámbito de aplicación y al objeto de protección de ambos instrumentos internacionales en estudio, en su relación e interacción con el denominado Tratado de Washington (Convención Internacional sobre Comercio de Especies Amenazadas y en Peligro de Extinción de Fauna y Flora Silvestres, CITES⁶, de 1973). Juntos, la CDB y CITES, son los instrumentos ecoló-

¹ Los instrumentos ecológicos son aquellos cuyo objetivo es el resguardo y la recuperación de los ecosistemas y los recursos naturales, donde el Estado tiene una obligación de hacer. Esto contrasta con los tratados ambientales, que se refieren a aquellos creados para controlar la contaminación o diseñar instrumentos de gestión ambiental (IGAs), donde los Estados tienen la obligación de abstenerse de generar conductas que contaminen o estimulen la contaminación.

² Conocida en los Estados Miembros de habla inglesa de la OEA como convención de Hemisferio Occidental o WHC. Entre nosotros, de aquí en adelante, la nombraremos Convención Americana de 1940 o Convención de la OEA sobre Flora y Fauna.

³ Actualmente Organización de los Estados Americanos.

⁴ Conocida también como Convención de Biodiversidad. La denominaremos indistintamente con sus diversos nombres.

⁵ CNUMAD de Río de Janeiro, 1992.

⁶ Convención fue adoptada en Washington, D.C., el 3 de marzo de 1973 y enmendada en Bonn,

gicos (de amparo del capital ecosistémico, hábitats y especies) más completos y ampliamente ratificados en el mundo. Ambos, además, se refieren directamente a las relaciones entre protección ambiental y el comercio internacional, intentando ofrecer un punto de equilibrio entre ambos, para beneficio de las decisiones que debe adoptar la Organización Mundial de Comercio (OMC), cuando protección ambiental y libertad comercial entran en colisión frontal.

En lo que se refiere a los países del hemisferio americano (numeración casi idéntica a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos)⁷, ellos solamente pueden acceder a ser parte de la Convención Americana de 1940, por ser éste un instrumento regional.

Es menester destacar que la relevancia mundial de la CDB y de CITES (separada y combinadamente) está dada por tratarse de dos tratados internacionales ecológicos, que directamente intersectan, en su aplicación cotidiana, con el comercio internacional y su regulación.

Por ser la República de Chile ratificante de ambos tratados, es relevante revisarlos, combinadamente. Además de ello, los tribunales nacionales han decidido, en las últimas décadas, comenzar a aplicar la Convención de 1940, en juicios en que el Fisco es parte (Consejo de Defensa del Estado), cuando la fauna y la flora autóctonas se encuentran en riesgo de daño⁸.

2 Análisis comparativo general

De acuerdo con el examen efectuado sobre ambos instrumentos internacionales, es posible y científicamente legítimo señalar que los mismos son compatibles y complementarios⁹, debido a las razones que se enuncian a continuación; entre otras:

Alemania, el 22 de junio de 1979. La Convención cuenta actualmente con más de 140 ratificaciones (Estados ratificantes), siendo el instrumento mundial, de protección del medio ambiente, que más Estados miembros tiene, globalmente. Su secretaría se encuentra en Suiza.

⁷ Con excepción de ciertas islas del Caribe (Estados exiguos o diminutos, ante el Derecho Internacional, y Cuba).

⁸ Uno de los fallos más interesantes en que la Convención de las Américas de 1940 es citada es en el caso "Comunidad Galletué con Fisco" (Novena Región). Casación en el Fondo, ante la Corte Suprema chilena, que cita y aplica el Decreto Supremo 29, de 1976, del Ministerio de Agricultura, sobre protección de flora chilena (araucaria araucana), declarada monumento natural y amparada, por ser tal, por la Convención Americana, de 1940. En lo sucesivo y desde la entrada en vigencia plena de la Ley 20.417 (de 26 de enero de 2010), que modifica las bases de la institucionalidad ambiental, en el país, será el Ministerio del Medio Ambiente el que tenga concentrada la potestad reglamentaria, para dictar los decretos o reglamentos que ejecuten o apliquen específicamente, en el ámbito interno, tratados o instrumentos internacionales ambientales (multilaterales o regionales).

⁹ Lo cual descartaría la posición sostenida por algunos países del Hemisferio, en cuanto a que haya que optar por la aplicación de uno u otro documento o bien aquella que haga inconveniente o innecesario actualizar o revitalizar la Convención Americana sobre Flora y Fauna, de 1940, por contar actualmente el Hemisferio con la Convención de Diversidad Biológica de ONU.

1. La Convención sobre la Diversidad Biológica deja expresamente vigente todo otro instrumento internacional análogo, en materia de conservación y protección de recursos biológicos o preservación de recursos naturales¹⁰ y ecosistemas y hábitats.
2. El contexto u origen histórico de su adopción, así como la finalidad o propósito perseguido por ambos instrumentos, difieren.
3. El objeto de protección de ambas convenciones no es idéntico, ni en su contenido sustantivo ni en su alcance interpretativo.
4. Ambos instrumentos se apoyan recíprocamente para el cumplimiento, por los Estados partes, de las obligaciones contraídas en las Convenciones en materia de protección de la biodiversidad y de los recursos genéticos. Más aún, la Convención de las Naciones Unidas, de 1992, es el eslabón natural, posterior y necesario, de la Convención de la OEA, de 1940, en lo que al estado de las ciencias se refiere¹¹.
5. La Convención Americana para la Protección de Flora y Fauna puede contribuir parcialmente a la realización de los objetivos regionales de la Convención de Biodiversidad, al menos en lo que al cuidado y uso sostenible de ciertas especies se refiere, lo cual redundaría en la preservación y protección del capital natural y de la diversidad ecosistémica.
6. La Convención de Biodiversidad actualiza al lenguaje científico contemporáneo, algunos de los conceptos y términos de arte utilizados por la Convención Americana de 1940 e incorpora, al mismo tiempo, otros conceptos que no podían manejarse en esa época, tales como conservación "in situ" y "ex situ".
7. La Convención Americana y la Convención de Biodiversidad (igual que la Convención CITES) han servido ya, por casi 20 años, de instrumentos para el desarrollo de mecanismos regionales operativos, en la puesta en práctica del Programa 21 de CNUMAD¹², en materia de conservación y protección de la diversidad biológica y de los ecosistemas más vulnerables; en especial, aquellos que contienen especies endémicas¹³.

¹⁰ Recursos genéticos.

¹¹ Aunque es anterior a la Convención de 1940, en lo que se refiere a la génesis de los recursos que son objetos de resguardo e investigación.

¹² Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD-UN-CED).

¹³ Son instrumentos de *hard law* o derecho duro, que asisten en el proceso internacional (típico del derecho ambiental emergente) de cristalización del derecho internacional ambiental.

Ambas Convenciones han sido utilizadas como fuentes de referencia jurídica por diversos países del Hemisferio para el establecimiento de sus propias normativas internas, en materias de conservación de áreas protegidas, preservación y recuperación de hábitats ecosensitivos y de creación y administración de parques naturales nacionales y monumentos naturales¹⁴.

Finalmente, la Convención de Diversidad Biológica tiene una dimensión geográfica universal (multilateral) y la Convención Americana es de origen y de aplicación regionales, geográficamente hablando.

Todos estos motivos hacen que la compatibilidad no solo sea posible, sino que la transforman en el propósito de que haya de existir coordinación entre los instrumentos, lo cual siempre contribuye al logro de armonía que debe existir entre instrumentos internacionales, en el medio ambiente, en atención a que por la naturaleza de las disciplinas, las convenciones no pueden ni deben aplicarse e interpretarse separadamente. La profusión de textos internacionales multilaterales, en materia de protección ecológica (tratados del área verde), hace que la tentación y el riesgo de aplicación separada sean mayores.

A continuación se realizará una sucinta revisión de los nueve argumentos antes enunciados, en los que se fundamentan los criterios (político-normativo-científicos) de complementariedad y de compatibilidad, entre los instrumentos internacionales en estudio.

1. La Convención sobre la Diversidad Biológica deja en claro que existen compatibilidades jurídica y procedimental entre dicha Convención y cualquier otro instrumento internacional que se haya adoptado con anterioridad a ella, en la materia, y que no la contradiga o no le sea incompatible, en los términos de sustentabilidad y sostenibilidad¹⁵ ecosistémicas y de protección de la diversidad biológica.

En efecto, el artículo 22 de la Convención de la Diversidad Biológica (CDB) expresa que sus disposiciones no afectarán, de manera alguna, los derechos y obligaciones de cualquiera de las Partes Contratantes, que se deriven de cual-

¹⁴ En plena concordancia con lo dispuesto por el Tratado Ramsar, sobre humedales de importancia mundial.

¹⁵ Sostenibilidad y sustentabilidad atienden al mismo término y significado. El primero es el producto de un ejercicio académico. En el segundo, se incorpora la econometría ambiental; esto es, la cuantificación, contable y numérica, del valor económico de las especies y los ecosistemas (recursos naturales incluidos). Cuando dicha cuantificación ha sido internalizada en el ámbito del Estado, ella se denomina macrogestión económica ambiental-ecológica; cuando lo ha sido en el ámbito de las empresas, ella se denomina microgestión económica ambiental-ecológica.

quier acuerdo internacional existente (bilateral o multilateral)¹⁶, a menos que el ejercicio de esos derechos y obligaciones cause un serio perjuicio o ponga en peligro la diversidad biológica.

Este artículo transforma a las dos Convenciones en jurídicamente compatibles, para los Estados que sean firmantes y ratificantes de ambas. Más aún, esto es y debe ser así, por cuanto las dos están destinadas, por diversas vías paralelas (sus instrumentos internos), a proteger la biodiversidad y los recursos genéticos de los ecosistemas. La existencia de diferencias de aplicación de ambos textos, sea en el lenguaje utilizado o en los mecanismos de resguardo, de las diversidades biológica y genética, en nada se contraponen a lo antes dicho y solamente corresponde al avance terminológico de las ciencias de la ecología y los ecosistemas.

El mencionado artículo 22 de la Convención de Biodiversidad se complementa con el correspondiente de la Convención Americana. En efecto, el artículo X de esta última establece que las disposiciones de su Convención no reemplazarán los acuerdos internacionales celebrados por una o más de las altas partes contratantes, lo cual surte efectos jurídicos para las ratificaciones de instrumentos anteriores o posteriores a aquella Convención, y que se trate de acuerdos bilaterales o tratados multilaterales (regionales o subregionales).

2. Tanto el contexto histórico de los respectivos instrumentos, así como la finalidad u objetivo de ambos textos difieren, y precisamente por ello existe complementariedad. En efecto, la Convención Americana de 1940 nació en el contexto¹⁷ de la cooperación panamericana y del afán de los países americanos por la conservación de los valiosos patrimonios¹⁸ naturales del Hemisferio¹⁹, así como de sus formaciones estéticas²⁰, confiriéndole a este último elemento un valor en sí, independientemente

¹⁶ Habría sido aconsejable que el mismo artículo 22 hubiera dado derroteros interpretativos expresos, para el caso de los instrumentos jurídicos adoptados con posterioridad a la Convención sobre la Diversidad Biológica.

¹⁷ El contexto de la protección ambiental previo a la Segunda Guerra Mundial (con ejemplos de instrumentos regionales de protección de flora y fauna en Europa, África y América) se caracterizó por tener un énfasis casi exclusivamente conservacionista o proteccionista. Ello tiene un abrupto alto, durante la Segunda Guerra Mundial, en casi todo el mundo, menos en nuestro Hemisferio.

¹⁸ Concebidos éstos en un significado amplio. Además, la noción de patrimonio ecológico remite a su concepción original etimológica y no a la dimensión mercantilista o económica, emergida recientemente. En el sentido utilizado acá, hay una orientación inequívoca a la conservación de los valores naturales y estéticos, que pertenecen a la humanidad toda, como su patrimonio. Ello está así reconocido en "Las Metas y Principios de la Evaluación de Impacto Ambiental", documento adoptado por Decisión 14/25, del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), del 17 de junio de 1987.

¹⁹ Lo que ha llevado a la Convención a las denominaciones de "conservacionista y proteccionista".

²⁰ En la tercera sesión del Comité de Expertos para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales, celebrada en la Sede de la Unión Panamericana el día 15 de mayo de 1940, se sugiere que en el título del Anteproyecto, que dice: "Para la protección de la fauna, de la flora y de las bellezas escénicas naturales de los países de América", se suprima "bellezas escénicas naturales". El Delegado del Ecuador se opone a esta proposición y alega que dicha expresión corresponde a un

de toda otra consideración²¹. No se recoge aun en la década del 40 el valor económico de la flora, la fauna y la diversidad ecosistémica²², mas éste ciertamente nació de los conceptos mencionados por la Convención Americana.

Los principales factores presentes en los procesos de discusión y negociación de la Convención de 1940, que actuaron además como finalidad de la Convención (aparte del objeto de protección de ella), fueron la educación y la difusión ambientales (tan igualmente relevantes hoy)²³, con el propósito de formar a las nuevas generaciones en la materia²⁴. El objetivo perseguido es y fue predominantemente cultural y de concientización de la población americana sobre los valores culturales y naturales.

El lenguaje de la disciplina ecológica, en cambio, no incorporó el término "protección de la biodiversidad" sino hasta la década del 70, y de recursos genéticos hasta la década del 80, como una motivación para la elaboración de instrumentos de esta naturaleza.

La Convención de Biodiversidad de ONU de 1992 nace, de tal manera, impulsada por las concepciones y necesidades del desarrollo sostenible²⁵ y del manejo sustentable²⁶ de los recursos biológicos y genéticos, del reconocimiento del valor

aspecto del problema que contempla el Anteproyecto, distinto de los otros en él incluidos. Manifiesta, que al decir "protección de las bellezas escénicas naturales, el proyecto ha querido referirse a aquellas regiones que, sin poseer especies raras vegetales o animales que proteger, deberían ser conservadas por el interés estético que tienen".

²¹ Es admirable que la Convención Americana se haya hecho realidad en una etapa en que, durante una guerra mundial, las preocupaciones del mundo político e internacional no eran precisamente el resguardo y la protección del capital natural.

²² Sobre esta materia, véase el documento "Actas de las Sesiones del Comité de Expertos para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, celebradas en el Despacho del Director General de la Unión Panamericana los días 13 a 16 de mayo de 1940" (Unión Panamericana, Washington, D.C., 6 de julio de 1940).

²³ Nociones centrales, como instrumentos de gestión ambiental y política pública, en la reforma ambiental institucional de la República de Chile (Ley 20.417, de 26 de enero de 2010).

²⁴ En relación a esta cuestión, el delegado de Cuba ante el Comité de Expertos para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, en sesiones celebradas entre el 13 y el 16 de mayo de 1940 en la Unión Panamericana, expresaba: "Se sugiere que los maestros hablen por lo menos una vez a la semana de los beneficios que reportan al hombre las aves, haciendo hincapié en la protección que debe dárseles". Más adelante las citadas actas indican: "Haciendo otra vez hincapié en el problema de la educación, el representante de Cuba dijo que había comprobado que muchas veces los cazadores de aves sólo matan por el deseo de matar, para probar su puntería. Esto se puede controlar por medio de la educación invadiendo la escuela". "Las expresiones en este sentido se repiten constantemente a lo largo de la reunión de expertos. Por último, el contexto de la educación a que se refieren los delegados de la reunión de expertos incorpora también la instrucción de técnicos en el área, entrenados para educar". Así, en el Acta, el Delegado de Venezuela agrega: "Se hace hincapié en la necesidad de crear técnicos. Todos los países tienen leyes que prohíben el corte de los árboles, pero esas leyes no pueden aplicarse porque se necesitan técnicos en esas materias, que ahora no existen".

²⁵ Aquel que logra satisfacer equilibradamente las necesidades vitales de la presente generación sin comprometer los requerimientos de las generaciones futuras. Concepto nacido en la década del 80 y acuñado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland).

²⁶ La CNUMAD también lo denomina "duradero".

intrínseco de la diversidad biológica, de la conservación del capital ecosistémico mundial²⁷, y de la sustentabilidad en la protección del medio ambiente y la ecología, lo que coloca el énfasis, en gran parte, en un objetivo utilitarista, económico y patrimonialista²⁸ de la utilización y explotación de los recursos naturales.

El énfasis de la CDB es esencialmente utilitarista, más que conservacionista. De allí que desde su artículo 15 (sobre el Acceso a los Recursos Genéticos) se deriven los contratos que permiten la comercialización de los recursos genéticos y de la diversidad biológica, contemplándose normas para distribuir equitativamente los beneficios comerciales que se derivan de su explotación²⁹.

Además de lo anterior, debido a las exigencias científicas contemporáneas³⁰, el elemento científico-tecnológico se encuentra presente en esta Convención (a diferencia de la de 1940). En efecto, el desarrollo de la capacitación tecnológica y científica para beneficio de evitar y eventualmente impedir la pérdida de la diversidad biológica en la fuente, constituye un objetivo clave, también, de la Convención de las Naciones Unidas³¹.

Por último, la diferencia en los objetivos de las Convenciones en estudio está claramente planteada en el lenguaje utilizado por ellas. Así, la Convención Americana de la OEA menciona que los Gobiernos americanos se encuentran deseosos de proteger y conservar el medio ambiente natural³². La Convención de Biodiversidad, en cambio, se refiere a la importancia de la diversidad biológica para la evolución y el mantenimiento de los sistemas de sustentación de la vida en la biosfera y de la utilización sostenible de la diversidad biológica. El lenguaje conservacionista de la primera se encuentra contrastado por el utilitarista y mecanicista de la segunda. Ello es un ecosigno o signo ecológico de los tiempos.

3. El objeto material de protección de ambas Convenciones difiere, también. Así, la Convención de 1940 de la OEA persigue un doble objeto jurídico, a saber:

²⁷ Que es esencial para combatir el cambio climático y el impacto en los ecosistemas de los geosignos.

²⁸ Criterio que se deriva directamente de otorgarle una gran ponderación al valor económico de la biodiversidad. Esto está expresado en el primer principio del Preámbulo de la Convención de Diversidad Biológica.

²⁹ Los contratos CRADA (por su acrónimo en inglés) son aquellos diseñados para compartir beneficios económicos derivados del acceso y la explotación adecuados de los recursos genéticos y los productos y subproductos de la diversidad biológica.

³⁰ Especialmente en materia de bioseguridad, derivada de los organismos genéticamente modificados (GMOs), que son un desprendimiento de los artículos 15, 16 y 19 de la CDB. Véase el análisis de esta materia, desde una perspectiva jurídica y de política pública, en "El Rol de la Justicia en Materia Ambiental: Paralelo entre la Convención de Aarhus y la Normativa Chilena" (Jorge Luis Varela Del Solar y José Miguel Burmeister Lobato, en "Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas y Jurisdiccionales Alternativas". Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2004), pp. 171 a 190, Santiago).

³¹ Desarrollo científico y tecnológico para la adopción de medidas "ex situ" e "in situ" de conservación de diversidad biológica.

³² Como opuesto al medio ambiente edificado o construido.

- a. Proteger y conservar el medio ambiente natural³³. Esto incluye los ejemplares de todas las especies y los géneros de su flora y de su fauna indígenas, colocando énfasis especial en las aves migratorias³⁴.
- b. Proteger y comparar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias³⁵, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico³⁶ y los lugares donde existen condiciones primitivas³⁷. El amplio objeto de protección de la Convención Americana de la OEA³⁸ es lo que la convierte en única y le imprime una fisonomía diferente de aquella de la Convención de Biodiversidad de ONU.³⁹ Más aún, no existe otra convención internacional regional, en materia de preservación de la

³³ Lo que en lenguaje técnico de hoy se conoce como "elemento bioestructural del ecosistema".

³⁴ Solamente componentes bióticos de los ecosistemas.

³⁵ Lo que en lenguaje científico de hoy se denomina "elemento geoestructural del ecosistema".

³⁶ Los objetos naturales de interés estético, histórico o científico constituyen y enmarcan un objeto de protección suficientemente amplio como para comprender el medio ambiente natural y el medio ambiente construido o edificado, esto es, los componentes de bioestructura, geoestructura y tecnoestructura (bióticos y abióticos) de los ecosistemas, que actúan como una unidad funcional. En este caso se está hablando del medio ambiente construido o edificado sobre componentes naturales y no sobre elementos artificiales como ocurre con el elemento "tecnoestructural" del medio ambiente.

³⁷ "Esta generación tiene con la futura el deber definido de velar por que se destinen regiones de extensión conveniente para reservas naturales donde puedan mantenerse las condiciones primitivas no sólo para fines de investigación científica, sino para evitar que especies valiosas y útiles de animales y plantas no se destruyan completamente y se pierda de esta manera la ayuda que puedan aportar al hombre y a la prosperidad; y velar además por que se les dé la debida protección a las aves y animales silvestres para evitar su extinción". (Discurso de apertura del Dr. L. S. Rowe, Presidente del Comité de Expertos para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, en el despacho del Director General de la Unión Panamericana, el día 13 de mayo de 1940). En la tercera sesión de trabajo de dicho Comité de Expertos y al analizar el concepto de "condiciones primitivas", el Delegado del Uruguay propuso que se suprimiera dicho concepto, agregando que "cree conveniente que se suprima el tercer párrafo por completo. No se puede proteger lo que existe en su condición primitiva. No es posible tampoco, por ejemplo, exigirle a Brasil que conserve en su condición primitiva todas sus regiones que aún mantiene en ese estado. Ello equivaldría a negar el progreso". La Delegación del Perú se opone a la supresión del párrafo y esta iniciativa es seguida por las demás Delegaciones del Comité de Expertos.

³⁸ Tanto implícito como explícito.

³⁹ Este carácter único de la Convención Americana de 1940 aparece claro en el documento de trabajo elaborado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Documento OEA/Ser.G, CP/CM-k-75/93 de 4 de noviembre de 1993, titulado "Documento Informativo sobre la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América de 1940". En efecto, en ese documento se destaca la similitud de objetivos e intereses entre la Convención Americana de 1940 con la Convención de París para la Protección de las Aves Útiles para la Agricultura, adoptada en la última década del siglo pasado y luego complementada y actualizada en 1976 por el Convenio Europeo para la Protección de los Animales Utilizados en la Agricultura; con la Convención Europea sobre Conservación de Aves de Emigración, de marzo de 1902; con el Convenio Relativo a la Preservación de la Fauna y la Flora en su Estado Natural, de 1933; con la Convención Africana sobre Flora y Fauna, complementada en 1968 con el Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, y en 1985 con el Protocolo Relativo a las Zonas Protegidas y la Fauna y Flora Silvestres en la Región de África Oriental; con la Convención Europea para la Protección de los Animales de Matanza; con el Convenio sobre la Conservación de la Fauna y Flora Silvestres y los Hábitats Naturales de Europa. Finalmente, en nuestra Región, el último gran esfuerzo (subregional) por la protección de la flora y fauna se encuentra en el Protocolo Relativo a las Zonas y la Fauna y Flora Silvestres Especialmente Protegidas del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, de 1990, conocido como Protocolo SPAW (Specially Protected Areas and Wildlife).

diversidad biológica (biótica y abiótica), con estas características pioneras y de precisión normativa⁴⁰.

Dicho lo anterior, salta a la vista de un buen intérprete, que el objeto jurídico de la Convención de Biodiversidad es más restringido en un sentido global de su objeto de protección, en tanto abarca solamente el medio ambiente natural biótico y no el abiótico⁴¹. Mas, en una situación de contraste, en lo que se refiere a un sentido específico de su objeto protectivo, esto es a la protección del medio ambiente natural o flora y fauna, la Convención de las Naciones Unidas tiene un objeto más amplio, por cuanto está destinada a proteger todos los componentes vivos de la biodiversidad genética⁴², sin colocar una particular atención en las aves de migración ni en el carácter indígena o endógeno⁴³ de la fauna o de la flora protegida, como lo hace la Convención Americana.

4. Sin embargo, los dos instrumentos jurídicos se sustentan y alimentan recíprocamente en la descripción de las obligaciones y los deberes de sus Estados Partes. Éstos, al cumplir con lo exigido por una de las Convenciones, a su vez, cumplen en parte importante con el contenido de la otra, con respecto a aquellos aspectos en que existe plena armonía y concordancia en sus objetos jurídicos de protección y en sus objetivos o metas.

En todo caso, no existe ningún aspecto de las Convenciones en estudio que implique que el cumplimiento de las obligaciones respecto de un instrumento constituya en sí un incumplimiento de las obligaciones de la otra, ni menos aún en situación de sustitución de un instrumento por el otro⁴⁴, como erróneamente pueda haberse insinuado, en algún momento, por parte de la literatura ecológica⁴⁵.

⁴⁰ La amplitud temática y de esfera protectiva de la Convención de 1940 hace que ella (y no la CDB, de 1992) contenga la fuente jurídica primera y más sólida de la concepción amplia de las evaluaciones ambientales y culturales (EIA y EIC), en tanto recoge aquella la noción de medio ambiente, en un sentido amplio y abarcador de elementos bióticos y abióticos y de elementos socioculturales, como integrando esencialmente el elemento "medio ambiente" (arqueología, geología, antropología, sociología y cultura vernácula).

⁴¹ La Convención de Diversidad Biológica no comprende los componentes geoestructurales inertes o abióticos de los ecosistemas ni aquellos considerados sólo en razón de su carácter estético o histórico. Tampoco está incluido dentro de su esfera de protección el medio ambiente construido o edificado o tecnoestructura.

⁴² Incluyendo el uso sostenible de sus componentes y el justo y equitativo equilibrio en los beneficios que deriven de la utilización de sus recursos genéticos, considerando el acceso y disponibilidad adecuados de tales recursos y la transferencia adecuada de tecnologías relevantes.

⁴³ Autóctono o primitivo en cuanto al hábitat natural de la fauna y de la flora.

⁴⁴ En el mismo sentido se pronuncia otro informe comparativo entre la Convención de la OEA con la de la ONU. "La Convención de Biodiversidad impone obligaciones adicionales e identifica algunas preocupaciones que no habían estado contempladas o que no pueden ser correctamente leídas dentro de la Convención del Hemisferio Occidental, pero que no son ni inconsistentes ni están fuera de la competencia de las partes contratantes, para ser incluidas, si así lo decidieran, dentro de la revitalización de la CHO." (Comparación entre la Convención del Hemisferio Occidental (CHO) y la Convención sobre Biodiversidad (ConBio): informe no publicado (interno) del Environmental Law Institute).

⁴⁵ Siempre hemos sido partidarios de la economía legislativa, en materia de derecho ambiental (internacional y nacional), atendido el daño manifiesto que la profusión normativa trae a la eficacia de la norma y a la adecuada aplicación regulatoria, en materia ambiental. La economía regulatoria, sin

Además, desde una perspectiva científica, la Convención de Biodiversidad constituye una etapa natural de elaboración más avanzada, en cuanto a las obligaciones y deberes de los Estados Partes, que aquellas contraídas previamente en la Convención Americana. En términos generales, en esta última se establece qué es lo que se protege. En la Convención de Biodiversidad, en cambio, se establecen los mecanismos científicos de protección o cómo se protege lo protegible.

En tal sentido, la Convención de Naciones Unidas es especial respecto de aquélla. A lo anterior se unen nuevos elementos, derivados de más de medio siglo de nuevos y graves desafíos, progresivo deterioro ambiental de la biogeoesfera de la tierra y la preocupación creciente por la preservación de la diversidad natural del planeta⁴⁶, que la Convención de 1992 incorpora⁴⁷ en su lenguaje.

5. Como conclusión de lo anterior y atendida la conexión existente entre las obligaciones y los derechos de ambas Convenciones, así como la continuidad en los mecanismos de protección de la diversidad biológica, la Convención de la OEA de 1940 ha servido un propósito importante, en el ámbito de las necesidades regionales⁴⁸ y ha de continuar sirviendo como un mecanismo marco para la aplicación, interpretación y ejecución regional de la Convención Mundial de la Biodiversidad, pues puede aplicarse de una manera más próxima a las necesidades sectoriales, regionales, subregionales y locales (ámbito municipal)⁴⁹.

En efecto, la Convención Americana de la OEA está redactada en términos regionales y subregionales, y hace referencia expresa a elementos de interés estético o de valor científico o histórico, áreas geográficas, objetos y especies vivas⁵⁰ del Hemisferio. Más aún, la cercanía en el tratamiento de los problemas ecológicos de la Región, la ubica en una ventaja comparativa frente a la Convención de Biodiversidad, la que al ser universal, tiene un carácter holístico y, por ello, más lejano para satisfacer necesidades inmediatas de conservación.

embargo, es improcedente (como en este caso) cuando los textos no son reiterativos ni contradictorios, sino que necesarios y complementarios.

⁴⁶ De los recursos globales de la biosfera, esto es, litosfera, hidrosfera y atmósfera.

⁴⁷ Tales como las medidas de conservación y de utilización sostenible de los recursos, la identificación de los componentes de la biodiversidad, el monitoreo u observación de los mismos, la conservación "in-situ" y "ex situ" de las especies protegibles, el entrenamiento, la investigación, la evaluación de impacto ambiental, la estrategia de minimización de impactos ambientales adversos a la diversidad natural, el acceso a los recursos genéticos, el acceso a la transferencia de tecnología, el intercambio informativo, la cooperación científica y tecnológica y el manejo biotecnológico, entre otros.

⁴⁸ En especial sirviendo como modelo o marco para la elaboración de legislaciones nacionales de conservación de áreas protegidas y de creación de parques nacionales en los países del Hemisferio.

⁴⁹ Donde se encuentran los instrumentos más adecuados, eficientes y productivos de la política ambiental y de la regulatoria ambiental (tales como la evaluación ambiental estratégica, una realidad en Chile, desde el 2010 en adelante).

⁵⁰ En particular a típicas aves migratorias específicas tales como Charadriidae, Scolopacidae, Caprimulgidae, Hirundinidae (Artículo 1, número 5 de la Convención Americana).

El énfasis de la conservación de los hábitats⁵¹ como un criterio primario para lograr los propósitos de cada uno de los dos tratados en estudio, es lo que proporciona una justificación comprometedora para utilizar la Convención Americana como marco general o referencial en lo relacionado con la aplicación y ejecución regionales de la Convención de Biodiversidad⁵². La conservación y los objetivos, para la aplicación sostenible de la Convención de Biodiversidad, serán promovidos, y muchas de las obligaciones que las Partes asuman en esta Convención serán llevadas a cabo a través de una ejecución significativa de aquellas dispuestas por la Convención Americana de 1940.

Si se parte de la base y se reconoce que la pérdida y la degradación significativas de los hábitats y ecosistemas naturales constituyen una amenaza para la diversidad biológica del planeta, la Convención de la OEA puede promover de una manera efectiva⁵³ programas de cooperación entre Estados (mucho más efectivos que el mero intercambio de información científica) que compartan o tengan vida silvestre de fauna y flora⁵⁴ y ecosistemas interdependientes⁵⁵⁻⁵⁶.

6. La Convención de Biodiversidad actualiza al lenguaje científico contemporáneo muchos de los conceptos rudimentariamente utilizados por la Convención Americana. Entre otros, los términos “reservas nacionales” y “riquezas naturales” están comprendidos dentro del género “recursos naturales”⁵⁷. Los conceptos “parques nacionales”, “reservas nacionales”, “monumentos naturales” y “reservas de regiones vírgenes” quedan dentro de la órbita de las nociones siguientes: “recursos biológicos”, “recursos bióticos”, “componentes bióticos de los ecosistemas” “áreas protegidas» y “recursos de la biosfera”, todos los cuales son utilizados en el contexto de la Convención de Diversidad Biológica⁵⁸ y atienden a una nomenclatura de las ciencias biológicas actuales.

7. Ambas Convenciones pueden ser utilizadas, también, en el marco de acción de las Naciones Unidas y de la cooperación regional, como instrumentos útiles para colaborar en cumplir con los requerimientos globales y mundiales (que

⁵¹ Biocenosis o componentes bióticos de los ecosistemas, especialmente de los frágiles, raros o vulnerables (terminología que se comparte con aquella de la Convención Internacional sobre Derecho del Mar de la ONU).

⁵² Incluso en materia de protección de bosques y de aplicación práctica de los principios forestales de UNCED de 1992.

⁵³ Si cuenta con los mecanismos funcionales para ello, como por ejemplo una secretaría.

⁵⁴ Aves migratorias regionales y subregionales.

⁵⁵ A través de métodos científicos contemplados por la Convención de Biodiversidad, tales como la conservación “in situ” y la conservación “ex situ”.

⁵⁶ Donde de paso se elimine el riesgo del daño ambiental o ecológico transfronterizo, que gatille la responsabilidad internacional del Estado (State liability for transboundary pollution).

⁵⁷ Concepto aparecido después de los años 40.

⁵⁸ El lenguaje de la Convención de Biodiversidad es extensivo al ámbito geográfico mundial desde una doble perspectiva. En primer lugar se trata de un instrumento universal. En segundo lugar, nociones tales como “recursos o áreas de la biosfera” conllevan en sí la noción emergida en la década de los 70 de “soberanías ecológicas”, al tratarse los recursos bióticos de las diversas regiones del planeta como recursos de la biosfera mundial.

comenzaran, hace casi 20 años, con el Programa 21 de CNUMAD) en materia de conservación y biodiversidad⁵⁹, así como también en la implementación del Programa de Desarrollo y Examen Periódico del Derecho Ambiental, para el Decenio de 2010, del Programa Mundial de Naciones Unidas para el Medio Ambiente⁶⁰.

Más aún, una sección completa del Capítulo 15 (Conservación de la Biodiversidad) del Programa 21⁶¹ está dedicada a la promoción de mecanismos de cooperación y coordinación de instituciones, tanto universales como regionales en la materia⁶². En este sentido, cabe destacar, como la expresión más evidente de consenso destinado a la conservación de los ecosistemas, por la comunidad internacional, que tanto el Programa 21 (e instrumentos de seguimiento, tanto mundiales como regionales) como la Convención de Biodiversidad (ambos emanados de CNUMAD 1992) reconocieron la necesidad de hacer un llamado a los Estados para, entre otras cosas, lo siguiente:

- a. promover la cooperación y fortalecer el apoyo a los instrumentos internacionales, universales y regionales, preocupados por la conservación de los recursos biológicos.
- b. promover la cooperación y establecer programas para la investigación, entrenamiento y educación pública (Convención de Biodiversidad, artículos 12, 13 y 18 y Programa 21, Capítulo 15.4i).

⁵⁹ Véase al respecto el informe de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos sobre los mandatos del Programa 21 con efectos regionales en los que la OEA puede contribuir como Organización Interamericana (Documento CP/CMA 102/94 de abril de 1994), complementado por el "Informe para el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos sobre los mandatos del Programa 21 y otros documentos sobre medio ambiente de UNEP en los que se detectan efectos regionales, y, como consecuencia, en los que la OEA puede contribuir como organización interamericana" (Documento interno de la OEA, de 1994).

⁶⁰ Propia Agenda 21 en el área jurídica de UNEP o PNUMA. Letras K, N, O del Programa de Desarrollo y Examen Periódico.

⁶¹ "Governments, at the appropriate level, with the cooperation of the relevant United Nations bodies and regional, intergovernmental and non-governmental organizations, the private sector and financial institutions, and taking into consideration indigenous people and their communities, as well as social and economic factors, should subject to national legislation, take action to respect, record, protect, and promote the wider application of the knowledge, innovations, and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles for the conservation of biological diversity and the sustainable use of biological resources, with the view to the fair and equitable sharing of the benefits arising, and promote mechanisms to involve those communities, including women, in the conservation and management of ecosystems". (Cita más relevante del Capítulo 15 del Programa 21 en relación con las relaciones de cooperación entre agencias intergubernamentales).

⁶² Los Capítulos 15 y 16 del Programa 21 guardan una conexión estrecha con el mandato AG/RES. 1241 (XXIII-0/93), resolutive 5 del Vigésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones (1993) de la Asamblea General de la OEA, en cuanto los primeros se refieren a la conservación de la diversidad biológica y al uso sostenible de los recursos biológicos y genéticos, así como de la biotecnología. El Programa 21 hace referencia, además, a la protección de la diversidad biogenética y de los recursos genéticos, a los hábitats o ecosistemas bióticos y a la conservación "in-situ" de especies biológicas.

- c. facilitar el intercambio de información (Convención de Biodiversidad, artículo 17 y P. 21, Capítulo 15.6a y 15.7a).
- d. adoptar acuerdos bilaterales y regionales, con respecto a los impactos sobre especies migratorias y recursos biológicos, más allá de los límites de las respectivas jurisdicciones nacionales, con el propósito de establecer y manejar áreas protegidas transfronterizas (CDB⁶³, artículos 5 y 14c y Programa 21, Capítulo 15.7g). Tan solo un ejemplo derivado de tales normas fue el esfuerzo, de muchos años de duración (en la década del 90) de proteger transnacionalmente "el pantanal de Mato Grosso", como tarea conjunta entre Brasil, Paraguay y Bolivia (proyecto Trifinio de biodiversidad para la América del Sur).

De igual manera, la estrategia desplegada, tanto por el Programa 21 e instrumentos posteriores de seguimiento, así como por la Convención de Biodiversidad, insta a lograr que las convenciones internacionales, actualmente existentes en la materia, sean efectivas, así como también lo sean los tratados orientados a dar soluciones regionales a la conservación de los ecosistemas, especies y géneros.

De todo lo anterior se concluye que tanto la Convención Americana como la Convención de Biodiversidad pueden continuar colaborando indefinidamente (cada una con las ventajas comparativas que se han venido describiendo) en la puesta en marcha de los Capítulos 15 y 16 del Programa 21 de ONU (y sus instancias de seguimiento en Naciones Unidas), esto es, en la protección hemisférica de sus áreas protegidas, de la diversidad biológica (incluyendo los recursos genéticos) y en especial, de los hábitats y ecosistemas más frágiles y actualmente vulnerables.

Poniendo un énfasis especial, en la cooperación regional, con los propósitos antes indicados, la Convención Americana de la OEA se ha encontrado particularmente bien provista para poner en ejecución los elementos de la Convención de Biodiversidad y del Programa 21, que más adelante se detallarán específicamente. No obstante que este fue un diseño elaborado hace casi 20 años, el objetivo continúa aplicándose hoy. Tales elementos, más aún, pueden ser considerados como una recomendación para que, un esfuerzo hemisférico en revitalizar la Convención de 1940, sea tomado como parte importante en los procesos de puesta en práctica y ejecución de instrumentos internacionales en materia de bioconservación.

8. Tanto la Convención Americana como la de Biodiversidad, y especialmente la primera, han sido utilizadas por los gobiernos nacionales del Hemisferio Sur,

⁶³ Convención de la Diversidad Biológica de Naciones Unidas, 1992.

así como por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, que han cooperado con ellos, con el propósito de introducir en sus normas jurídicas internas de protección del ambiente, aspectos contenidos en alguno de los textos internacionales en estudio.

En dicho contexto, el caso que más se ha destacado (hemisféricamente) es la utilización de la Convención de la OEA como un modelo marco para la elaboración de normas jurídicas internas, destinadas a la protección de áreas protegidas, especies protegidas, regiones vírgenes y monumentos o parques naturales de la región.

En lo que se refiere a la Convención de las Naciones Unidas, algunas legislaciones nacionales están extrayendo de ésta nuevas definiciones, estrategias y procedimientos, tales como de "ecosistema", "biotecnología", "áreas protegidas" (en particular en las leyes de conservación de bosques, promulgadas en los últimos años), "uso sostenible de los recursos", "recursos genéticos" y "conservación in situ y ex situ".

Ambos instrumentos internacionales han servido de ejemplo para el fenómeno característico del derecho ambiental contemporáneo; esto es, en que parte importante de las fuentes sustantivas del derecho ambiental nacional de los Estados emana del emergente derecho internacional ambiental, tanto escrito como consuetudinario (o en vías de cristalización).

9. Finalmente, la Convención Americana ofrece una comprehensiva y no menos flexible estructura jurídica para la creación de soluciones regionales, en referencia a problemas específicos de conservación, en especial de la vida silvestre, de áreas protegidas, de aves o especies migratorias y sus respectivos hábitats⁶⁴.

Es de tal manera aquélla un importante instrumento hemisférico, con toda la dimensión regional que ello implica, en lo que se refiere a la ejecución de sus normas y regulaciones. En este sentido, la Convención Americana es más accesible a los Gobiernos del Hemisferio, en tanto ella se acerca a la realidad geográfica local e incorpora lenguaje regional, lo cual le ha permitido ser más adaptable y aplicable a las circunstancias particulares del área en que está llamada a aplicarse.

Por contraste y a pesar de su lenguaje más técnico, la Convención de Biodiversidad es más lejana en tanto se pretende que tenga una aplicación universal y

⁶⁴ Es precisamente el argumento invocado, tanto por la colectividad sensible de los países, como por la secretaría de los tratados afines como por las comunidades locales, para repeler plantas de generación termoelectricas, que están dotadas con pobres mecanismos de control y abatimiento de la contaminación (petróleo 4 o superior, carbón bituminoso u otras fuentes contaminantes para los ecosistemas frágiles o normas de calidad secundarias, en el ámbito legal chileno) y sus emisiones.

no diferenciadora de las necesidades especiales de cada ecosistema geográfico (regional y subregional).



3 Análisis comparativo y selectivo de algunas materias relevantes para ambas convenciones

Un análisis selectivo de algunas disposiciones específicas de ambas Convenciones⁶⁵, con el objeto de compararlas y extraer algunas conclusiones, conduce también inequívocamente a deducir la complementariedad y compatibilidad de ambos instrumentos. Deja de manifiesto, al mismo tiempo, cómo la Convención de Naciones Unidas constituye un seguimiento necesario a las obligaciones contraídas bajo la Convención de la OEA. A continuación se enumeran las siguientes áreas temáticas que serán objeto específico de la comparación:

1. Ámbito jurisdiccional de aplicación
2. Conservación de hábitats
3. Áreas protegidas
4. Alcance de su protección
5. Conservación ex situ
6. Identificación y seguimiento
7. Cooperación entre Estados
8. Estudios y procesos de Evaluación de Impacto Ambiental
9. Uso o utilización sustentable
10. Participación y conciencia pública y educación
11. Especies migratorias
12. Incentivos especiales

⁶⁵ Se le concederá en este capítulo una atención especial a la Convención de Biodiversidad de ONU en aquellos elementos que constituyan una complementación de la Convención de 1940 de la OEA.

13. Investigación y capacitación
14. Acceso a recursos genéticos
15. Acceso y transferencia de tecnología
16. Informes
17. Solución de controversias
18. Adopción de protocolos
19. Intercambio de información
20. Órgano subsidiario de asesoramiento científico

A continuación, se desarrollan los respectivos subtítulos.

1. **ÁMBITO JURISDICCIONAL DE APLICACIÓN:** el artículo II de la Convención Americana de la OEA consagra que los Gobiernos Contratantes estudiarán inmediatamente la posibilidad de crear, dentro del territorio de sus respectivos países, los parques nacionales y las reservas nacionales definidos en dicho instrumento. Un énfasis similar vuelve a colocar el artículo VI de dicho instrumento internacional. La Convención de Biodiversidad, en cambio, sostiene en su artículo 4, que las disposiciones de dicho instrumento se aplicarán, en relación con cada Estado ratificante, a los componentes de la diversidad biológica, en las zonas situadas dentro de los límites de su jurisdicción nacional, y en el caso de los procesos y actividades realizados bajo su jurisdicción o control, y con independencia de dónde se manifiesten sus efectos, dentro o fuera de las zonas sujetas a su jurisdicción nacional.

Se infiere de ello que el ámbito jurisdiccional de aplicación de esta última puede ser más extenso, en tanto alcanza al lugar donde se encuentran los componentes genéticos de la diversidad biológica (vastos ecosistemas bióticos) y no solamente a las áreas protegidas de flora y fauna.

El término "jurisdicción nacional" es más adecuado que "territorio" para fijar los límites de aplicación de un tratado internacional, en tanto el primero satisface de una manera más adecuada la moderna terminología del derecho internacional, del derecho del mar y del ambiental de los recursos marinos, en cuanto a la capacidad ulterior del Estado para explorar y explotar los recursos naturales, dentro de su zona económica exclusiva, lo cual es un concepto clave en la preservación de los recursos marinos.

Por último, no es extraño que un Estado, con el propósito de acceder a tecnologías o a un contexto geográfico más apropiado, pueda experimentar la conservación "ex situ" de componentes de su propia diversidad biogenética, fuera del hábitat natural de ésta, pero como una actividad realizada bajo la jurisdicción y el control del Estado.

Para la Convención de 1940, tal habría sido una actividad no regulada por dicho instrumento, por llevarse a cabo fuera del territorio del Estado y sin que, para entonces, se hubiera aún definido el concepto de ecosoberanía o soberanía ecológica. La Convención de Diversidad Biológica crea una extensión simbólica de soberanía ecológica para efectos de establecer una aplicación experimental expansiva, en la conservación biogenética y ecosistémica.

2. CONSERVACIÓN DE HÁBITATS: Ambos instrumentos enfatizan la importancia de la conservación de los hábitats. La Convención de Biodiversidad define la conservación "in situ" (el más natural de los ecosistemas) como un requisito específico para el mantenimiento y la recuperación de poblaciones viables de especies y para la conservación de la biodiversidad. En este sentido, "in situ" es definido como los componentes esenciales de la diversidad biológica, dentro de sus hábitats o entornos naturales⁶⁶, y para los efectos de las especies cultivadas o domesticadas, los alrededores donde han desarrollado sus características o propiedades específicas.

La conservación "in situ" se hace particularmente efectiva cuando además existen "condiciones in situ", esto es, aquellas en que existen recursos genéticos⁶⁷ dentro de ecosistemas⁶⁸ y hábitats naturales⁶⁹.

La Convención de 1940, análogamente, llama a la protección y la preservación de todas las especies en sus hábitats naturales o indígenas. Este aspecto particular de la Convención de la OEA es el que la hace tan visionaria y pionera para su tiempo, y tan relevante para lo que hoy se entiende como la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes vitales.

3. ÁREAS PROTEGIDAS: La Convención de 1940 establece varias categorías de áreas protegidas⁷⁰ y consagra diferentes grados de protección, que cada Estado

⁶⁶ Componentes bióticos y biocenóticos de los ecosistemas.

⁶⁷ El material genético de valor real o potencial.

⁶⁸ Complejo dinámico de comunidades vegetales, animales, y microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.

⁶⁹ Lugar o tipo de ambiente autóctono o indígena en el que existe naturalmente una población u organismo. Puede tener una connotación humana, en cuyo caso se referirá a "hábitat social o humano".

⁷⁰ Es un área definida geográficamente que ha sido definida o regulada y administrada con la finalidad de alcanzar objetivos específicos de conservación, de preferencia, "in situ".

debe observar. La Convención de Biodiversidad, en cambio, hace un llamado para que cada Estado Parte regule sus áreas protegidas, en donde medidas no especificadas de conservación han de ser aplicadas. Los dos instrumentos son sustancialmente similares, sin perjuicio de las diferencias que a continuación se señalan en esta materia específica.

- a. La Convención de Biodiversidad contiene una disposición específica sobre las especies ajenas en la sección de la conservación "in situ". Esta disposición solamente se infiere en la Convención de 1940. Debido al uso en ésta de términos tales como "protección estricta" e "inviolado", algunas categorías de áreas protegidas, creadas por la Convención Americana, podrían evolucionar, tal y en tanto las circunstancias lo permitan, pues la disposición normativa avala una interpretación expansiva del texto, en la materia.
- b. La Convención de Biodiversidad dispone que las actividades en las áreas adyacentes a las áreas protegidas sean conducidas en forma compatible con la promoción de tal protección. Las actividades que ocurran fuera de estas áreas, pero que al mismo tiempo las afecten, no han sido contempladas específicamente por la Convención Americana. Su ámbito de protección, en cuanto a su alcance protectivo, es menor⁷¹.

Sin embargo, una interpretación flexible del lenguaje de algunos artículos de dicha Convención podría obligar a requerir la regulación o reglamentación de actividades, fuera de las áreas protegidas, si es que existe un daño o amenaza de daño⁷² a los recursos naturales dentro de éstas. Ello es particularmente aplicable, si el daño recae sobre especies o hábitats de difícil restauración o rescate (donde las especies tienen naturalmente un grado menor de resiliencia)⁷³.

- c. Las fronteras o límites de los parques establecidos, con arreglo a la Convención Americana de la OEA, pueden ser alterados solamente por la autoridad legislativa nacional respectiva. Los mecanismos de precisión geográfica, de las áreas protegidas en la Convención de Biodiversidad, son más flexibles y existe un compromiso mayor de control estatal en las áreas adyacentes o contiguas a las protegidas. En la Convención Americana, en contraposición, las áreas circundantes (de impacto ambiental directo) a las protegidas no son contempladas por lenguaje, ni explícito ni analógico.
- d. La Convención de Biodiversidad impone como requisito el manejo de los recursos biológicos en las áreas protegidas, como un factor importante para

⁷¹ Según antes se observó en la definición del ámbito de alcance y aplicación territorial de la Convención.

⁷² Sea por incidencia directa o colateral.

⁷³ Los biólogos y ecólogos han castellanizado y extrapolado el término sajón "resilience", que significa capacidad de perdurabilidad y resistencia.

la conservación de la biodiversidad y es con tal propósito que dichas áreas se establecen en ella. La Convención Americana, por su parte, siempre más orientada a la protección de especies e individuos que de ecosistemas o hábitats, requiere la protección de todas las especies, para evitar su extinción.

4. ALCANCE DE SU PROTECCIÓN: La Convención Americana se encuentra principalmente preocupada de la protección de todas las especies y géneros amenazados con extinción. En tal sentido estricto, está muy cercana al objetivo de CITES, cuyo propósito es amparar especímenes y especies, frente a las causas de extinción antropogénica.

En un sentido de convención “marco”, la CDB es diferente, en cuanto ésta no hace un llamado (como la Americana) para la protección de “números suficientes” de ejemplares en sus alrededores naturales. El objetivo de conservación de la Convención de Biodiversidad está orientado hacia la protección de la diversidad biológica, definida como “la variabilidad entre los organismos vivientes”, la que a su vez incorpora la “diversidad entre especies, dentro de las especies y en los ecosistemas”.

La determinación y medida de la variabilidad se encuentran reservadas a las metodologías científicas actuales y en evolución. La protección de las especies y géneros corresponde a una porción muy limitada en la tarea global de conservar los componentes biogénéticos de los ecosistemas; es decir, el escenario biológico que hace posible la vida.

5. CONSERVACIÓN EX SITU: Ambos tratados instan a la protección de especies (en lenguaje de la Convención de la OEA) o de los componentes de la diversidad biológica (en lenguaje de la Convención de la ONU), fuera de sus hábitats naturales. Sin embargo, el lenguaje de la Convención Americana ha sido descrito como “débil” o prematuro en la ciencia jurídica, en cuanto a la creación de obligaciones jurídicas para la “conservación ex situ” de los Estados Partes, lo cual requiere el manejo de conceptos tales como soberanía ecológica del Estado.

6. IDENTIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO: A este respecto, la Convención de la OEA consagra en su artículo II que los Estados ratificantes estudiarán inmediatamente la posibilidad de crear los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales y las reservas de regiones vírgenes que correspondan, lo que implica un ejercicio previo de identificación de dichas zonas.

Luego indica que en todos aquellos casos en que dicha creación sea factible, se comenzará la misma tan pronto como sea conveniente, después de entrar en vigor la Convención. Finalmente, en términos de identificación del objeto de protección y de seguimiento en su propósito, el numeral 2 del artículo II establece que si en algún país la creación de parques o reservas nacionales, monumentos naturales o reservas de regiones vírgenes, no fuera factible en la actualidad

(como ocasionalmente ocurre, cuando se requieren procesos de expropiación), se seleccionarán a la brevedad posible los sitios, objetos, o especies vivas de animales o plantas, según sea el caso, que se transformarán en reservas o parques nacionales, monumentos naturales o reservas de regiones vírgenes, tan pronto como a juicio de las autoridades del país lo permitan las circunstancias.

La Convención de Biodiversidad, por otra parte, señala que cada Estado ratificante, en la medida de lo posible y según proceda, identificará los componentes de la diversidad biológica que sean importantes para su conservación y utilización sostenibles.

Además, procederá, mediante muestreo y otras técnicas, al seguimiento de los componentes de la diversidad biológica, identificados por esta Convención, prestando especial atención a los que requieran la adopción de medidas urgentes de conservación y a los que ofrezcan el mayor potencial para la utilización sostenible.

Finalmente, identificará los procesos de categorías y actividades que tengan, o sea probable que tengan, efectos perjudiciales importantes en la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica, y procederá, mediante muestreo, análisis y otras técnicas actuales, al seguimiento de esos efectos.

7. COOPERACIÓN ENTRE ESTADOS: Las disposiciones sobre cooperación internacional constituyen un aspecto importante, tanto de la Convención Americana como de la de Biodiversidad. En tal sentido, la Convención de 1940 especifica lo siguiente dentro de sus propósitos: a) necesidad de investigación y ayuda para los estudios científicos de los países americanos, b) desarrollo de acuerdos posteriores entre dichos Estados y entre éstos e instituciones científicas, y c) necesidad de que el conocimiento científico, adquirido a través de esfuerzos cooperativos, se encuentre a disposición de todos los Estados Partes, por igual. Sin utilizar el término "transferencia tecnológica", que es común a todo tratado ambiental y ecológico post 80, se refiere implícitamente a él.

Un acápite importante de la Convención Americana es, además, su artículo VI, el que destaca que los Estados Contratantes convienen en cooperar, los unos con los otros, para promover los propósitos de dicho instrumento regional.

Con tal objeto (en una expresión muy hermosa), sostiene que prestarán la ayuda necesaria que sea compatible con su legislación nacional, a los hombres de ciencia de las Repúblicas Americanas que se dedican a las investigaciones y exploraciones.

Además, los Estados podrán, cuando las circunstancias lo justifiquen, celebrar acuerdos, los unos con los otros o con instituciones científicas de las Américas, que tiendan a aumentar la eficacia de su colaboración. Finalmente, la Conven-

ción Americana de la OEA sostiene que los Estados, en su afán de cooperación recíproca, pondrán a la disposición del resto de los Estados americanos, por igual, los conocimientos científicos que lleguen a obtenerse, por medio de esas labores de cooperación.

Se trata ello de una temprana cláusula sobre información ambiental, que es característica de los tratados actuales, donde la información (derivada de la necesaria transparencia de los Estados de buena fe) es difundida entre Estados y desde éstos a la secretaria de las convenciones, a través de los puntos focales o autoridad nacional de implementación.

En la Convención de Biodiversidad, por otra parte, los esfuerzos de cooperación deben ser realizados prioritariamente en el ámbito bilateral, o a través de organizaciones internacionales competentes para hacerse cargo de la protección de aquellas "áreas que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional" y "de otras materias de interés común". Los esfuerzos de cooperación están destinados principalmente a lo siguiente:

- a. proporcionar asistencia, financiera y de otra naturaleza, en especial a países en vías de desarrollo cuya implementación del tratado, en el ámbito interno, sea más compleja (jurídica, económica, técnica y políticamente),
- b. establecer programas para educación científica y tecnológica y capacitación,
- c. promover la investigación, incluyendo programas de investigación conjunta,
- d. estimular el uso de avances científicos y desarrollos tecnológicos, incluyendo la capacitación de personal y el intercambio de expertos,
- e. promover la educación pública y los programas de concientización ambiental en la población,
- f. crear procedimientos de notificación y consulta para el caso de que las actividades que ocurran en un Estado puedan o afectar significativamente en forma adversa o causar daño inminente o grave a la diversidad biológica de otro Estado o de la comunidad mundial⁷⁴,
- g. impulsar planes de contingencia, para el caso de daño o inminencia de daño a la biodiversidad, especialmente si éste puede acarrear la responsabilidad por daño ecológico transfronterizo de un Estado (especies migratorias),
- h. fomentar el intercambio de información.

⁷⁴ Reservas ecológicas del planeta.

La Convención de Biodiversidad parece adoptar, incorporar y resumir los más significativos aspectos o elementos de la cooperación en materia ambiental (y en especial de la protección de la biodiversidad) desarrollados por la comunidad internacional⁷⁵ durante la última década.

Así, la cooperación puede alcanzar relevantes aspectos, tales como el diseño de estrategias, planes y programas para la conservación y la utilización y manejo sostenibles de la diversidad biológica; identificación conjunta de los componentes de la diversidad biológica; creación de sistemas de áreas protegidas o áreas comunes (transfronterizas), donde sea conveniente la adopción de medidas especiales para conservar la diversidad biológica; elaboración de directrices subregionales, comunes para la selección, establecimiento, identificación y ordenación de áreas protegidas y con biodiversidad frágil; adopción de incentivos económicos y sociales destinados a la conservación y utilización sostenibles de los componentes vitales de la diversidad biológica; elaboración de programas regionales y sectoriales de educación y capacitación científica y tecnológica, destinados a la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica y de los recursos genéticos de ésta; establecimiento de procedimientos comunes de evaluación y estudios de impacto ambiental, con el propósito de reducir al mínimo el impacto adverso de proyectos bilaterales, subregionales o regionales, que comprometan la preservación de la diversidad biológica. Finalmente, no pueden dejar de destacarse el acceso a los recursos genéticos y el acceso y transferencia de tecnología (incluyendo la biotecnología) como otros dos procedimientos o mecanismos claves para cooperar regionalmente en la efectiva ejecución de la Convención de Diversidad Biológica. La cooperación en materia de protección de la biodiversidad puede facilitarse regionalmente por cuanto muchos de los Estados hemisféricos comparten múltiples y variados recursos naturales renovables y no renovables (ecosistemas bióticos y abióticos, especies migratorias, áreas fuera de las jurisdicciones nacionales, más aún dentro de las áreas adyacentes, individuos o especies de flora y fauna amenazados).

8. ESTUDIOS Y PROCESOS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: La CDB requiere explícitamente de evaluaciones de impacto ambiental, de la aplicación y el diseño de otros instrumentos de gestión ambiental, de naturaleza preventiva y de conductas que impliquen evitar (acciones anticipatorias o preventivas, que es la naturaleza del derecho ambiental) o atenuar (cuando lo primero sea imposible y el daño ya se haya producido o consumado) los efectos ambientalmente adversos o el impacto ambiental significativo, en la diversidad biológica del planeta. De manera análoga al Capítulo 15 del Programa 21, la Convención de ONU insta a los Estados a utilizar sus propios procesos

⁷⁵ Especialmente con preocupaciones de conservación ecológica.

de evaluación de impacto ambiental⁷⁶ para “proyectos que puedan causar un posible impacto adverso en la diversidad biológica”.

La Convención de Biodiversidad contempla en este sentido, entre sus disposiciones más importantes, que cada Estado ratificante ha de promover, con carácter recíproco, la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades, bajo su jurisdicción o control, que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes para la diversidad biológica de otros Estados o de zonas no sujetas a jurisdicción nacional⁷⁷, alentando la concertación de acuerdos bilaterales, subregionales, regionales o multilaterales, según proceda.

En atención a que el proceso global de estudio y evaluación de impacto ambiental es un instrumento de gestión ambiental (especialmente en su dimensión de política pública o de evaluación ambiental estratégica) de relativamente reciente creación⁷⁸, su uso no pudo haber sido contemplado en la Convención Americana, hacia 1940⁷⁹.

El mecanismo de esta última, que podría mencionarse como paralelo (de gestión o administración ambiental, pero no sustitutivo o alternativo de la EIA), consiste en que suficientes áreas protegidas o protegibles podrían ser separadas para recibir un tratamiento diferenciado, en orden a evitar la extinción de las especies de flora y fauna que las habiten.

Esta situación parecía ser suficientemente eficaz en la época de la adopción de la Convención⁸⁰. Sin embargo, las circunstancias de los últimos decenios –inter alia–, presiones demográficas, patrones insostenibles de consumo y producción, pobreza crítica y sobreexplotación de recursos naturales y actividades humanas con consecuencias adversas para la biodiversidad –desconocidas o no críticas hace 50 años– han obligado a diseñar nuevas estrategias⁸¹ preventivas de protección de los ecosistemas, en especial de los bióticos⁸², los que se pretende aplicar a través de la Convención de Diversidad Biológica y de la adecuada aplicación interna que de esta deban efectuar los Estados Partes de ella.

⁷⁶ De acuerdo a sus propias leyes o reglamentos en la materia, aplicados en este caso, a la conservación, uso y sustentabilidad de la diversidad biológica.

⁷⁷ Lo cual constituye un tipo de contaminación transfronteriza.

⁷⁸ A pesar de que existen indicios de él, en algunos países del Hemisferio, desde comienzos de siglo.

⁷⁹ Los Estados Unidos lo generó recién hacia 1969-1970, a través de la NEPA.

⁸⁰ Lo que de manera alguna alcanza a identificar y menos prevenir la ejecución de una actividad de impacto ecológico adverso en el lugar que se ha identificado como área protegible.

⁸¹ Destinadas a resolver los problemas de deterioro de los hábitats bióticos de una manera individualizada.

⁸² Hace 50 años no existía la necesidad o si existía, en mucho menor grado, de conciliar sociedad con naturaleza o eficiencia social con eficiencia ecológica y eficiencia económica.

9. USO SUSTENTABLE: El uso sustentable⁸³ es también un término recientemente incorporado al lenguaje ecológico (más que al ambiental)⁸⁴. Se encuentra, en consecuencia, definido primeramente en el ámbito de la Convención de Naciones Unidas y no en el de la Organización de los Estados Americanos.

Sin perjuicio de ello, "uso racional" es un término que sí se incorpora en la Convención Americana⁸⁵. Cuando el término "uso" o "utilización" de recursos es referido o está implícito en las disposiciones del instrumento americano, el mismo debe relacionarse directamente con "conservación" o condicionado a que tales usos sean consistentes con los propósitos para los cuales las áreas protegidas han sido creadas.

El término "racional", sin embargo, aunque implica la idea de "utilización consciente y moderada", no contiene la connotación integral (holística) de la utilización, comercialización y explotación equilibradas de los recursos (capital natural) para su conservación a las futuras generaciones, lo cual es de la esencia de la sustentabilidad de la biodiversidad. Los instrumentos concretos de la sustentabilidad ecológica de los ecosistemas están dados, eso sí, en la CDB, a través de la conservación "ex situ" e "in situ".

10. PARTICIPACIÓN Y CONCIENCIA PÚBLICA Y EDUCACIÓN: La creciente aceptación por parte de la comunidad internacional de la importancia de la democratización de los problemas relacionados con el equilibrio ecológico, con la participación pública y con la concientización o diseminación como herramientas para la ejecución de las obligaciones ambientales, se encuentra reflejada patentemente en la Convención de Biodiversidad de ONU.

En lo que respecta a la Convención de 1940 de la OEA, a pesar de que tales propósitos guiaron preliminar y pioneramente el trabajo del Comité de Expertos que la redactó, como se indicó anteriormente, el lenguaje de promoción educacional no se encuentra incorporado con el mismo énfasis en el texto finalmente adoptado, sin perjuicio de que existe el compromiso implícito de

⁸³ Concepto que es difícil de conciliar con el principio 3 contenido en la Convención de Biodiversidad, el que señala que los Estados tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos de acuerdo con sus propias políticas ambientales.

⁸⁴ La Convención sobre Diversidad Biológica es el primer instrumento internacional que incorpora el término "uso sustentable", nacido en el contexto del término "desarrollo sustentable", del informe "Nuestro Futuro Común" de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptado el 20 de marzo de 1987.

⁸⁵ La racionalidad en el uso y conservación de especies de flora y fauna (en especial, las que se encuentran en peligro de extinción o amenazadas) es una noción que se concilia más con el lenguaje utilizado por la ley ecológica "Endangered Species Act (ESA)" (de 1973) de los Estados Unidos y con la última interpretación que de este cuerpo legislativo (y de definiciones introducidas por el Ministerio del Interior de los Estados Unidos) ha hecho la Corte Suprema de los Estados Unidos en su sentencia de "writ of certiorari", 1995 WL 382088 CUS), "Bruce Babbit, Secretary of the Interior, et al., petitioners V. Sweet Home Chapter of Cornrnunities for a Great Oregon et al.", N° 94-859, alegada el 17 de abril de 1995 y decidida el 29 de junio del mismo año.

las Partes hacia ello, en cuanto estas se comprometen a crear facilidades para la educación pública (tanto nacional como regionalmente) dentro de las áreas protegidas (en especial en aquellas de ecosistemas más frágiles). Esto constituye lo único que garantizará la continuidad del esfuerzo.

11. ESPECIES MIGRATORIAS: En la Convención de Biodiversidad las especies migratorias han sido identificadas en una lista anexa, creada para otorgar a las Partes una pauta en el proceso de identificación de los componentes de la biodiversidad ecosistémica. La Convención Americana, por su parte, tiene disposiciones aplicables expresamente a aves migratorias (dentro del concepto de especies migratorias), en las que se requiere a las Partes que adopten medidas protectoras y normas que regulen su utilización, así como notificación periódica de los Estados Partes de la Convención de sus listas de aves en peligro de extinción. Otro tipo de especies migratorias no son materia de artículos específicos en la Convención Americana, dado que, en especial, hasta la década de los sesenta y setenta (por razones biológicas y climáticas), ciertas especies de aves migratorias eran particularmente vulnerables, en las Américas, mucho más que las especies de ecosistemas terrestres y marinos.

Las obligaciones nacionales de los diferentes Estados, en el ámbito mundial, con respecto a la conservación y protección de las especies marinas migratorias han adquirido una relevancia creciente desde la década del 70 y, en especial, desde la adopción y posterior entrada en vigor de la Convención sobre Derecho del Mar de las Naciones Unidas de 1982⁸⁶, la que expande la jurisdicción nacional sobre los recursos marinos⁸⁷ dentro de la zona económica exclusiva de los Estados Partes de dicho instrumento. Abundantes recursos oceanográficos (bentónicos y demersales) –de la cadena de ecosistemas acuáticos– se encuentran dentro de la cota de las primeras 200 millas marinas, de la gran mayoría de los Estados ribereños⁸⁸.

La Convención Americana, en cambio, ha creado un Apéndice que enlista las especies declaradas como “de especial importancia” y obliga a las Partes a “proteger tan completamente como les sea posible” las especies enlistadas. Es por ello que la Convención Americana es un adelanto regional a lo que fuera la Convención CITES, en 1973. Muchas de las especies enlistadas se superpusieron, en el ámbito regional (en 1973). Por ello es que varias de las especies migratorias hemisféricas aparecen en los Apéndices de la Convención Americana y de CITES.

⁸⁶ En vigor desde 1993.

⁸⁷ En especial de la cadena ecológica acuífera, que se encuentra prioritariamente dentro de la plataforma continental.

⁸⁸ Esto ocurre especialmente en la plataforma continental del Océano Pacífico, el que dio lugar a la concepción original de las 200 millas marinas de protección ecosistémica (extensión interpretativa de la Declaración de Santiago, de 1952).

La práctica de la Convención ha sido que cada Parte presente a la Secretaría General de la OEA su propio catálogo de especies protegibles (en un esquema similar al de CITES), para ser incorporadas en el Apéndice, actividad que algunos Estados Miembros de la OEA practicaron con cierta periodicidad desde la adopción de la Convención hasta la década de los años 70, cuando CITES entrara en vigor, en el ámbito mundial; en especial, con su apéndice III, donde cada país enlista sus propias especies vulnerables. Otros países de las Américas, sin embargo, no lo hicieron nunca, desaprovechando un instrumento regional idóneo para la conservación cercana.

12. INCENTIVOS ESPECIALES: Los incentivos directos no se encuentran dentro de las medidas consultadas por el artículo IX de la Convención Americana de la OEA. Este solamente contiene concesiones y prohibiciones. Ello se enmarca en lo que antes se mencionara, en el sentido de que dicho instrumento internacional no está inspirado por una orientación patrimonialista y en que el valor económico de los recursos naturales se encuentra ausente.

Una situación diversa ocurre con la Convención de Biodiversidad, en que se dispone en su artículo 11 que cada Estado Parte, en la medida de lo posible y según proceda, adoptará medidas económica y socialmente idóneas que actúen como incentivos para la conservación y la utilización sostenibles de los componentes de la diversidad biológica. Los incentivos financieros y tributarios constituyen un factor importante dentro de tales mecanismos. Esta materia es muy relevante y ha gozado de gran desarrollo en los países de la región, pero su detalle trasciende el objetivo de esta monografía.

13. INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN: No obstante que tan solo los documentos preparatorios de la Convención Americana hacen referencia explícita a la capacitación, entrenamiento y formación, en materia de conservación, la misma sí se refiere permanentemente (Preámbulo y artículos 1.3, III, IV, y, VI, VII y VIII) a los estudios e investigaciones científicas de especies protegidas de flora y fauna indígenas, de los paisajes de incomparable belleza y de las formaciones geológicas extraordinarias, de las regiones y los objetos naturales de interés estético o de valor histórico o científico.

Uno de los artículos más importantes de la Convención, a este respecto, señala que los Estados miembros acuerdan mantener las reservas de regiones vírgenes inviolables, en tanto sea factible, excepto para la investigación científica debidamente autorizada. Esta última, por cierto, puede ser una puerta peligrosamente amplia.

El artículo 12 de la Convención de Biodiversidad, por otra parte, consagra entre otras cosas que las Partes Contratantes establecerán y mantendrán programas de educación y capacitación científica y técnica en medidas de identificación,



conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y sus componentes y prestarán apoyo para tal fin, orientado a las necesidades específicas de los países en desarrollo.

14. ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS: debido a los años en que la Convención Americana se gestó y diseñó, este es un tópico ausente en dicho tratado regional. Esto, también en atención a las diferencias en los objetos de protección de ambas convenciones. El artículo 15, en cambio, de la Convención de Biodiversidad reconoce que existe el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales⁸⁹, así como la facultad soberana de los mismos de regular el acceso a los recursos genéticos.

Agrega que cada Estado Parte de la Convención procurará crear las condiciones para facilitar a otros Estados el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, lo que descarta de plano el acceso a los recursos para meramente obtener beneficios comerciales que se deriven de su explotación.

Finalmente, la Convención de Biodiversidad establece que cada Estado Parte procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes.

Además de ser una noción emergida en los últimos 20 años, el concepto de recursos genéticos se encuentra íntimamente ligado al de la conservación de las fuentes y componentes vitales de la diversidad biológica y por este motivo es una noción únicamente manejada por la Convención de Naciones Unidas.

15. ACCESO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA: Este es un nuevo concepto en que la Convención de Biodiversidad complementa a la Flora y Fauna de 1940, en la que dicha noción se encuentra ausente.

La Convención de Naciones Unidas reconoce a este respecto que la tecnología incluye la biotecnología, y que tanto el acceso a la tecnología como su transferencia entre los Estados ratificantes son elementos esenciales para el logro de los objetivos de la Convención. Al mismo tiempo, ésta compromete a los Estados signatarios a asegurar y facilitar a otras Partes Contratantes del instrumento internacional el acceso a tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente, así como también la transferencia de dichas tecnologías.

Un aspecto considerado como uno de los más importantes por algunos Estados signatarios de la Convención de Biodiversidad es que reconociéndose que las

⁸⁹ El artículo 3 de esta Convención ya lo había reconocido.

patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación de la presente Convención, tales Estados deberán cooperar a este respecto de conformidad con su propia legislación nacional y el derecho internacional para velar para que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos de la Convención de Biodiversidad.

Esto es un aspecto normativo fundamental de todo tratado ambiental o ecológico actual o reciente, en tanto ejercita la naturaleza no autoejecutoria del derecho ambiental-ecológico internacional, lo cual impone la necesidad de adaptar la normativa interna a los tratados y adoptar las medidas administrativas y legales que procedan, para la plena aplicación, procesal y sustantiva, del tratado ambiental.

16. INFORMES: En referencia a los informes que los Estados ratificantes de los instrumentos internacionales deben rendir, la Convención Americana de la OEA estipula en su artículo II que los Gobiernos Contratantes notificarán a ésta de la creación de parques nacionales, monumentos naturales, reservas de regiones vírgenes y de la legislación y los sistemas administrativos adoptados a ese respecto. Paralelamente, el artículo X consagra que la OEA suministrará a los Gobiernos Contratantes toda información, pertinente a la Convención Americana sobre Flora y Fauna, que le sea comunicada por cualquier museo nacional o internacional, creado dentro de sus jurisdicciones e interesado en los fines que persigue la Convención en estudio.

La Convención de Biodiversidad, por su parte, sostiene en su artículo 26 que cada Parte Contratante presentará a la Conferencia de las Partes informes sobre las medidas que haya adoptado para la aplicación de las disposiciones de dicho instrumento internacional y sobre la eficacia de dichas medidas para el logro de los objetivos del Convenio.

Se trata, en todo caso, de un concepto clave en la integración de los habitantes de un país en las decisiones ambientales y en la capacidad de control que estos tengan en tales decisiones cuando ellas afectan la vida, la salud y sus calidades. Es importante que los informes nacionales contengan referencias expresas a la participación pública de los ciudadanos y al cuidado de los recursos naturales.

17. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: La Convención de la OEA no hace referencia alguna a la materia. Sin embargo, la Convención de Biodiversidad dedica su artículo 27 a la temática en cuestión, indicando que si se suscita una controversia entre las Partes Contratantes en relación con la interpretación o aplicación de la Convención, las Partes interesadas intentarán resolverlas mediante negociación.

Es norma de derecho internacional ambiental que todas las convenciones multilaterales agreguen un anexo con las normas arbitrales aplicables para un evento de disputa internacional entre Estados partes o entre un Estado parte y uno no parte. Uno de los esquemas más completos se encuentra en la CDB. Este procedimiento es característico de los instrumentos multilaterales y no de los regionales, que, en este aspecto y para estos fines, contemplan procedimientos especiales de consulta, jurisdicción consultiva o bien comisiones o paneles especiales.

Si no llegan a un acuerdo mediante negociación, podrán solicitar conjuntamente los buenos oficios o la mediación de una tercera Parte. Finalmente, en caso de que ninguno de los mencionados medios de solución de controversias tenga efecto, o el arbitraje o la presentación de la controversia ante la Corte Internacional de Justicia tendrá carácter obligatorio.

Existen, sin perjuicio de ello, otras alternativas voluntarias de arbitraje hemisférico (equivalentes jurisdiccionales), como el que las Partes pueden ejercer su derecho de recurrir a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (ICAC), en el evento de que materias de comercio se encuentren directa o incidentalmente comprendidas en la disputa ambiental, como también ocurre con el Tratado CITES.

18. ADOPCIÓN DE PROTOCOLOS: El asunto no es considerado por la Convención Americana. La Convención de Biodiversidad, por su parte, estipula que los Estados ratificantes cooperarán en la formulación y adopción de protocolos (tanto adicionales como obligatorios) de dicha Convención, los que serán adoptados en reunión de la Conferencia de las Partes. El tratado en estudio está consultando la posibilidad de protocolos adicionales, y por tanto facultativos u opcionales, que puedan complementar el texto original de la Convención⁹⁰.

Donde la factibilidad de un Protocolo Adicional de la Convención sobre Diversidad Biológica se hace más necesaria y próxima es con respecto de los ecosistemas terrestres y en especial en referencia a la conservación y manejo sustentables de bosques.

En efecto, la Declaración de Principios sin Fuerza Jurídica Vinculante sobre el Manejo, Uso y Conservación de Bosques, adoptada por UNCED 1992 en Río de Janeiro, no pasa de ser un instrumento ilustrativo para sus Estados signatarios o una mera expresión de "*soft law*"⁹¹. Existe actualmente una tendencia, sin

⁹⁰ El artículo 29 hace referencia, en cambio, a la posibilidad de protocolo de reforma o enmienda, tanto de la Convención como de los Protocolos Adicionales.

⁹¹ Brasil, Malasia, Zaire, Finlandia e Indonesia, entre otros países, presionaron en las negociaciones preparatorias de la Conferencia UNCED de ONU, para no aprobar en ésta un instrumento jurídico vinculante en materia de bosques, dado que los países del norte (liderados por USA y Canadá) querían

embargo, a producir un documento en la materia que sí tenga valor e imperio jurídicos.

Tal corriente indica que ello podría producirse a través de la incorporación o adición de un Protocolo Opcional y Adicional a la Convención de Diversidad Biológica de 1992, en materia de Utilización, Conservación, Manejo y Desarrollo Sustentables de Bosques de todas las especies, lo cual hasta el día de hoy no ha ocurrido, siendo ello políticamente inadecuado (razones de política pública ambiental)⁹².

19. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN: La Convención Americana dispone en su artículo VI que los Gobiernos Contratantes convienen en cooperar los unos con los otros para promover los propósitos de dicho instrumento. Aunque no se menciona expresamente, el intercambio de información científica constituye un elemento central de la cooperación multilateral.

El artículo 17 de la Convención de Biodiversidad, por su parte, haciendo una referencia expresa a la cuestión, indica que las Partes Contratantes facilitarán el intercambio de información de todas las fuentes públicamente disponibles, que sean pertinentes para la conservación y utilización sostenibles de la diversidad biológica, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo. La Convención hace extensivo el alcance del intercambio de información a los resultados de las investigaciones científicas, técnicas y socioeconómicas, así como a la información sobre programas de capacitación y estudio en materias de conservación y utilización adecuadas de la diversidad biológica.

20. ÓRGANO SUBSIDIARIO DE ASESORAMIENTO CIENTÍFICO: Es una característica típica de la Convención de Biodiversidad, la que coopera en darle eficacia y aplicación prácticas. Esta establece un órgano subsidiario de asesoramiento científico, técnico y tecnológico, con el fin de proporcionar a la Conferencia de las Partes, asesoramiento oportuno sobre la aplicación de la Convención en estudio. Este es un elemento esencial para que la Convención tenga permanencia, vitalidad y por ende credibilidad.

4 Conclusiones provisionales del análisis comparativo

Los criterios antes enunciados, en suma, reflejan la naturaleza complementaria y por ende compatible de ambos instrumentos. No existe ni duplicidad de esfuerzos ni superposición en dichos textos.

incorporar solamente los bosques tropicales como objeto de regulación de dicho instrumento.

⁹² El bosque es reconocidamente uno de los más frágiles y vulnerables ecosistemas microbiológicos en la faz del planeta. Es en tal sentido que los Principios Forestales y la protección de los bosques caen dentro del objeto de protección de la Convención de Diversidad Biológica.

Se ha sostenido, sin embargo, por algunos Estados del Hemisferio, que las dos Convenciones en análisis se contraponen entre sí o que, por lo menos, duplican trabajo y, en consecuencia, dichos Estados tendrían que optar por una u otra. Según este mismo criterio, los Estados que ratifiquen o adhieran a la Convención de Biodiversidad de Naciones Unidas quedarían eximidos de participar en un esfuerzo por revitalizar constantemente la Convención Americana de 1940 de la OEA, puesto que la primera habría sustituido a la última.

Con arreglo a lo indicado hasta ahora acá, consideramos la posición de esos países no solamente errada y carente de fundamento, sino que además regresiva, en tanto desaprovecha los instrumentos regionales proporcionados por la Convención Americana y las estructuras comparativas entre ambos instrumentos, que refuerzan la política de amparo ecosistémico y del capital natural insustituible de la gran región interamericana.

Aun más, con respecto a la posición de esos países, reiteramos el criterio de que ambas Convenciones no solo no se sustituyen ni se superponen, sino que se complementan y son por ello plenamente compatibles.

Como consecuencia de lo dicho, se estima que la Convención Americana de 1940 debe sufrir una completa actualización sobre la base de la incorporación en ésta de elementos de la Convención de Biodiversidad. No se trata de emprender una actualización por asimilación, entre otras razones, por cuanto la Convención Americana ha tenido logros sustantivos, y posee una sencillez lógica y una mayor sistematización jurídica, de que la Convención sobre Biodiversidad de 1992 carece, en atención a que este último es un instrumento más complejo, más elaborado, más político y menos refinado que el primero.

Finalmente, con base en tales parámetros, se concibe el ejercicio necesario de "revigorización" que debe afectar a la Convención Americana, atendida la antigüedad de su adopción, como revitalización sobre la base de complementariedad y compatibilidad con la Convención de Naciones Unidas.

Un elemento esencial del ejercicio de revitalización consistirá en imprimirle dinámica y voluntad política por parte de sus Estados Partes, con el propósito de infundirle eficacia práctica. Un paso significativo en esta dirección estaría constituido por el reestablecimiento de una secretaría técnica de la Convención Americana (dentro del marco de las posibilidades y estructura actuales de la Secretaría General de la OEA), lo que redundaría en, por lo menos, cuatro ventajas inmediatas en la Convención Americana:

- a. la haría dinámica y pragmática,
- b. le daría continuidad en su funcionamiento,

- c. le otorgaría uniformidad y armonía en la aplicación de su normativa, y
- d. permitiría un diagnóstico periódico del grado de cumplimiento de su normativa por los Estados Partes.

5 Conformidad del Derecho Ambiental Interno con el Derecho Ambiental Internacional, en materia de biodiversidad

Es indispensable que haya una adaptación o conformidad progresiva de la legislación interna de los Estados Partes de la Convención Americana a la letra y espíritu de ésta. En efecto, el emergente Derecho Ambiental Nacional de los distintos Estados se encuentra nutriéndose, en gran medida, de la normativa mundial, producida hasta ahora por el Derecho Internacional Ambiental, el cual constituye fuente primigenia y primordial en toda disciplina naciente del Derecho.

Existen algunos países en el Hemisferio Occidental que por muchas décadas han realizado consultas periódicas con organizaciones internacionales ambientales y ecológicas, en el sentido de adaptar sus proyectos de legislación en materia de biodiversidad, con el instrumento regional analizado y con el universal, que se han comparado en este examen.

Tal es siempre una tendencia saludable y aconsejable. La misma contribuirá a facilitar la interpretación del instrumento interno, tanto para el caso de aplicación cotidiana del mismo, como para el caso en que se suscite una disputa o conflicto judicial o extrajudicial en su aplicación. Ello, en especial ahora que los tribunales nacionales aparecen resucitando la aplicación de la Convención Americana.

En tal sentido, ésta es un área más en la que el Derecho Internacional Ambiental debe constituir fuente primaria en la aplicación e interpretación de la ley interna. No existirá forma de uniformar estándares ni de armonizar normas ambientales o ecológicas, mientras el concepto de soberanía nacional tenga más fuerza que el de soberanía ecológica.

La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación

Jaime Pacheco Quezada¹

Profesor de Derecho Penal
Universidad del Desarrollo, Concepción

Resumen: En el artículo se aborda el estudio de la posición de la víctima en los sistemas de responsabilidad penal juvenil español y chileno, analizando concretamente su derecho de participación y de reparación. A tal objeto se exponen los rasgos principales de ambas legislaciones en lo que dice relación con tales derechos, así como sus concretos espacios de aplicación en las distintas fases del proceso. Por último y sobre la base de las conclusiones alcanzadas al analizar el rol de la víctima en ambos sistemas normativos, se confronta ello con las finalidades de los sistemas de responsabilidad penal adolescente.

I. Introducción

En las últimas décadas asistimos a un paulatino pero progresivo reconocimiento del rol de la víctima en la resolución del conflicto originado por la infracción de la norma penal². Si bien se suele decir que el olvido de la víctima como actor relevante en la superación del conflicto penal³ es la nota que ha caracterizado por largo tiempo la consideración que los sistemas de enjuiciamiento criminal brindan a ésta⁴, es posible advertir en la actualidad tendencias que van por la

¹ El autor agradece los valiosos comentarios y sugerencias realizados por Nelly Navarro R., defensora penal juvenil, de la Defensoría Penal Pública Región del Bío-Bío, a una primera versión de este trabajo.

² Sobre la historia del papel de la víctima y el sistema penal pueden consultarse, entre otros: Herrera Moreno M. *La hora de la Víctima. Compendio de de victimología*. Edersa, 1996; Eser A. "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales", en *De los delitos y las víctimas*, Ad hoc, Córdoba, 1992. pp.13 y ss; Hirsch H. J. "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales", en *De los delitos y las víctimas*. Ad hoc, Córdoba, 1992, pp. 91 y ss.

³ Fernández Bermejo M. "La mediación como solución alternativa al proceso y su significación respecto de la víctima", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal N° II*, Madrid, 2000, p. 425.

⁴ Advierte Maier que el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho procesal penal,

superación del modelo tradicional de resolución del conflicto penal basado en el binomio Estado-Autor del delito, por otro, que otorga protagonismo y activa participación a la víctima⁵, reconociendo que la solución del conflicto penal implica una relación tripartita, Estado-Autor-Víctima. Estos nuevos modelos, caracterizados por una mayor flexibilidad e informalidad que el modelo tradicional, sirven además de abono a una cierta humanización de las reacciones penales⁶.

Estos nuevos modelos implican el no fácil desafío de lograr el adecuado equilibrio entre los legítimos intereses de la víctima y los del autor de la infracción. En este sentido frente al indiscutido reconocimiento normativo de los derechos y garantías del imputado, hay quienes reivindican la elaboración de un estatuto de la víctima, que se construiría sobre la base de los derechos de participación, protección y reparación o restitución⁷.

Los sistemas de responsabilidad penal adolescente, como subsistema especial dentro del sistema penal, no están ajenos a esta problemática⁸. En las próximas páginas pretendemos efectuar una descripción comparativa de los sistemas de responsabilidad penal del menor español y del chileno, especialmente, en lo que dice relación con el reconocimiento normativo de los derechos de participación y reparación que le asisten a la víctima.

II. Derecho de participación

II.1. Situación procesal de la víctima en el sistema penal juvenil español

La consideración de la situación procesal de la víctima en el proceso penal de menores en el ordenamiento jurídico español, puede ser descrita como un largo camino que va, desde la negación de su calidad de parte en el proceso penal, hasta el pleno reconocimiento de dicha calidad.

En efecto, en la LO 4/1992, cuerpo legal que antecede a la actual LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LRPM) en

tampoco del Derecho penal material únicamente, se trata antes bien de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de los medios para alcanzar esos fines: Maier Julio B J. "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y las víctimas*, Ad hoc, Córdoba, 1992.p. 190.

⁵ Fernández Bermejo M. "La mediación como...", cit., pp. 434 y ss.

⁶ Herrera Moreno M. *La hora de la...*, cit., p. 237.

⁷ Miranda Manuel. "La víctima en el proceso de reforma de menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, II, 2000, Madrid, p. 470.

⁸ En opinión de Tamarit, el sistema penal de menores ha sido el marco en el que se han desarrollado muchos de los programas de justicia reparadora, hasta el punto en que, en cierto modo, ha llegado a convertirse en un campo de experimentación de nuevas prácticas criminológicas y político-criminales: Tamarit Sumalla J M. "La justicia reparadora en el sistema penal de menores", en *Derecho penal y psicología del menor*, Universidad de La Laguna 2007, Comares, Granada, 2008. p. 142.

su art. 15 regla 20, *in fine*, prescribía que: “*en este procedimiento no cabrá el ejercicio de acciones por particulares*”, con lo cual, en virtud de dicha disposición quedaban excluidos como parte en el proceso el acusador popular, el acusador particular y el privado, así como el actor civil⁹, limitándose el rol de la víctima sólo a efectuar la denuncia y a una eventual participación como testigo. El Ministerio Fiscal detenta el monopolio del ejercicio de la acción penal¹⁰.

Por su parte la LO 5/2000, en su versión original, reitera con carácter general la exclusión antes dicha, fundándola, según se lee en la Exposición de Motivos de la referida ley, en que: “*respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor*”.

Sin embargo, a diferencia de su antecesora, la LRPM no considera una exclusión absoluta de la víctima como sujeto procesal, contemplando la posibilidad que el perjudicado pueda personarse en el procedimiento¹¹, tanto en fase de instrucción como en la fase de audiencia, siempre y cuando se trate de delitos cometidos por sujetos que a la fecha de su comisión sean mayores de dieciséis años y se trate además de delitos en los que se hubiese empleado violencia o intimidación o se hubiesen cometido con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, confiriéndosele a la víctima facultades que aluden principalmente al derecho a estar informado del curso del procedimiento y a proponer las pruebas que estime necesarias para contribuir a demostrar la participación en los hechos y responsabilidad en ellos del menor imputado.

Este tenue rol que se reconoce inicialmente la víctima en la LRPM, como indica la doctrina, es una intervención que difícilmente puede ser calificada de *litisconsorcial*, es más bien una parte procesal “*sui géneris*”, subordinada a las pretensiones del Ministerio Fiscal, por cuanto, su actividad se ve limitada a la aportación de medios de prueba de los hechos delictivos y a efectuar las alegaciones oportunas, sin que ello *a priori* pueda influir en la determinación judicial de la medida a imponer, más allá de las peticiones que al respecto formule el Ministerio Fiscal¹².

⁹ Miranda Manuel. “La víctima en...”, cit., p.472.

¹⁰ Cabe hacer presente que la exclusión de la acusación particular en el proceso de menores no era desconocida en el ordenamiento jurídico español, toda vez que ella se había mantenido desde la LITM de 1948.

¹¹ Art 25 LO 5/2000.

¹² Sanz H Agata. “La víctima en el proceso penal de menores”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 1, Sevilla, 2001, p.190. En el mismo sentido, la Circular FGE 1/2000 señala que: “el perjudicado se incorpora al proceso en calidad de mero coadyuvante en el esclarecimiento de los hechos y de la participación del menor en el ejercicio de una legitimación procesal sui géneris, dada su limitada capacidad

El tratamiento normativo de la posición de la víctima en el proceso penal del menor hasta ahora visto sufre un cambio cualitativo en el año 2003, por cuanto el legislador español, en respuesta tanto a críticas provenientes de algún sector de la doctrina¹³, como a razones de orden mediático¹⁴, mediante la dictación de la LO 15/2003 permite la personación en el procedimiento como acusadores particulares de las personas directamente ofendidas por el delito y a otras personas unidas a él por vínculos de parentesco, si aquellos fuesen menores de edad o incapaces, permitiéndose incluso al acusador particular el solicitar la imposición de determinada medida¹⁵.

Junto a las facultades antes mencionadas se reconoce a la víctima en su condición de acusador particular, entre otros derechos, el de proponer pruebas que digan relación con el hecho delictivo y las circunstancias de comisión, con la sola excepción que no puede proponer pruebas relativas a la situación psicológica, educativa familiar y social del menor; participar en la práctica de las pruebas; y ser oído en los casos de modificación o de sustitución de las medidas impuestas. Ilustra gráficamente el contenido y envergadura de la modificación la eliminación en el epígrafe del art. 25 de la LRPM, de la expresión, "*inexistencia de la acción particular y popular*", quedando actualmente la rúbrica del referido artículo sólo como "*De la acusación particular*".

Refuerza esta nueva consideración de la víctima en el proceso penal de menores la reforma que tuvo lugar con la dictación de LO 8/2006, que entre otros aspectos confiere a la víctima personada en el proceso la facultad de proponer y solicitar al Ministerio Fiscal la práctica de diligencias (art. 26); se incorpora como motivo para disponer una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima; una de las finalidades de la medida cautelar puede ser asegurar la debida protección de la víctima, se incorpora como medida cautelar el alejamiento de la víctima o su familia (art. 28), y se impone al Ministerio Fiscal y al juez de menores la obligación de velar en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados¹⁶ y el derecho de éstos a personarse y ser parte en el proceso.

de postulación y su carácter subordinado en relación con el Fiscal".

¹³ Martín Ostos J. "Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores", en AA.VV. *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, p. 167.

¹⁴ Gran influencia ejerció la detención, agresión sexual y asesinato de una niña cometido por adolescentes conocido como caso Sandra Palo.

¹⁵ Ver art. 25 y 8 de LRPM.

¹⁶ Se entiende por víctima al titular del bien jurídico penalmente protegido y contra el cual se ha atendido al cometer el delito o falta. Con la expresión "el perjudicado" se alude a un concepto más amplio que abarca a toda persona que haya sufrido un perjuicio patrimonial o moral con la infracción. En el sentido indicado, entre otros: Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez /Pozuelo Pérez. *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Civitas, Navarra, 2008, p.79; Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 208.

En virtud de la evolución legislativa descrita, la actual situación procesal de la víctima en el proceso penal de menores español le permite a ésta participar activa y plenamente en el proceso, sin embargo, ello no ha estado ni está, exento de controversia, siendo posible distinguir dos posturas antagónicas: la de aquellos que estiman contraproducente admitir la participación de la víctima en los sistemas de responsabilidad penal juvenil, ya que ello supone un deterioro del interés superior del menor¹⁷; y la de quienes estiman que el reconocimiento de los derechos de la víctima conlleva un adecuado equilibrio de los intereses en pugna en un conflicto penal.

En primer término aludiremos a aquellos que abogan por un mayor y mejor reconocimiento de la posición de la víctima en el proceso penal de menores.

Señala la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 que con ella se “*refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los del perjudicado*”. Tal propósito, como enunciábamos anteriormente, pretende ser la respuesta, tanto a aquellos sectores que de un modo general desde el área de la victimología reivindican un mayor protagonismo para la víctima¹⁸, como de aquellos que junto con criticar la escasa relevancia, si no bien de rechamente el olvido¹⁹, que en el texto original de la LRPM se encontraba la víctima, no alcanzaban a entender las razones que justificaban su exclusión como acusador particular.

En este último orden de ideas se encuentran autores como Martín Ostos, para quien tal decisión legislativa es “*contraria a las modernas tendencias a favor del reforzamiento del papel de la víctima en el proceso, así como a lo establecido para el proceso penal de adultos y lo dispuesto en la Constitución (art.125) y en la norma supletoria, la LECrim (...)* las razones que se esgrimen para la explicación de la presencia de otros acusadores en nuestros textos procesales son trasladables también al proceso de menores. Debidamente regulada la intervención procesal de la víctima o del perjudicado (incluso, del actor popular) no debe repercutir negativamente (tal vez, todo lo contrario)

¹⁷ Se estima que la circunstancia que la LRPM reconozca que el principio inspirador del sistema es la atención al superior interés del menor, provoca una situación de desequilibrio o de primacía de ese interés del menor frente al resto de los legítimos intereses que puedan reclamarse en el ámbito de esta jurisdicción. Fernández Molina E. *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. p. 205.

¹⁸ Acerca de las reivindicaciones de la victimología, véanse entre otros: Baca Baldomero/Echeburua Odriozola/Tamarit Sumalla (Coord.), *Manual de Victimología*, Valencia, 2006.

¹⁹ Dado el tratamiento que la versión original de la LRPM brindaba a la víctima, ésta era considerada como figura marginal, cenicienta del proceso, convidado de piedra: Vásquez González C. “La posición de la víctima o perjudicado en el proceso de menores. Especial consideración de la reparación entre el menor infractor y la víctima”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° II, 2002, Sevilla, p. 172. Se ha dicho también que se trata de un interviniente extraño, difícil de calificar, que constituye un híbrido procesal, que en la práctica ha resultado de nula utilidad por contraproducente: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 212.

en el objetivo principal a perseguir en este cauce, es decir, en el interés del menor”²⁰.

Para otros autores, la regulación original de la posición de la víctima en la LRPM implicaba un quiebre del principio de igualdad de partes, ya que la posición predominante del interés del menor por sobre cualquier otra cuestión lleva al resultado de que se puede hablar de igualdad de partes entre el menor como imputado o acusado y el Ministerio Fiscal como parte acusadora (a la par que institución defensora de los derechos de los menores), pero no entre el menor imputado o acusado y la víctima o perjudicado denunciante, ya que este último tiene, como se ha visto, muy limitada su participación en el procedimiento²¹. En este sentido, se esgrime que la participación de la víctima resulta necesaria como instrumento de control de las facultades discrecionales de archivo, desistimiento y falta de ejercicio de la acción, que en este ámbito se reconocen al Fiscal²².

Igual quiebre del principio de igualdad, pero ahora entre las víctimas, puede observarse en las críticas formulada, entre otros, por Miranda Estrampes²³, toda vez que al permitirse la personación del perjudicado sólo respecto de ciertos delitos cometidos por infractores mayores de dieciséis años, importaría establecer dos categorías o clases de víctimas, salvo que, como señala el mencionado autor, “se estime que los intereses de las víctimas en los delitos cometidos por mayores de dieciséis años son distintos de los que ostentan el resto de las víctimas cuando el delito es cometido por un menor de esa edad”²⁴.

Asimismo se sostiene, que no se puede olvidar que el presupuesto de la intervención viene constituido por la comisión de un hecho delictivo, lo que determina la existencia de una víctima o perjudicado, que en muchas ocasiones es también menor de edad, y a quien no podemos ni debemos preterir. Hay que buscar soluciones que permitan lograr ese difícil equilibrio entre los intereses del menor y los intereses de la víctima, a los que alude también la Recomendación 87/20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, cuando recomienda “*que se acuerde una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como del menor*”²⁵.

²⁰ Martín Ostos J. “Aspectos procesales de...”, cit., p.167. En el mismo sentido, Coronado Buitrago M. “La singular posición de la víctima en la justicia de menores, en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993. p. 407.

²¹ Vásquez González C. “La posición de...”, cit., p. 171.

²² Martín Ríos P. “La víctima en el proceso penal de menores español (Especial referencia a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre)”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° VI, Sevilla, 2006. p.59.

²³ Miranda E., Manuel. “La víctima en...”, cit., p. 482.

²⁴ En el mismo sentido, Ormosa Fernández M R. *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 130.

²⁵ Miranda E., Manuel. “La víctima en...”, cit., Pp. 468 y 469

En suma, se sostiene que todos los riesgos que se esgrimen en orden a que la intervención de la víctima mermaría el respeto al interés superior del menor, se atemperarían mediante la concesión a la víctima de la posibilidad de ser parte en el proceso, en lugar de victimizarla nuevamente expulsándola de la resolución de su propio conflicto²⁶, pues con ello se contribuye a la consecución del ideal de Justicia en una de sus múltiples manifestaciones, a través del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 124 de la C.E. y entendido como posible protección frente a la injusticia: el orden jurídico debe ser expresión formal de ese ideal y los órganos jurisdiccionales deber acercar ese orden jurídico a las personas, sean autores o sean víctimas²⁷.

De una u otra forma, todas las consideraciones antes expuestas, fueron tenidas en cuenta por el legislador español, hasta el punto de permitir en la actualidad la constitución como parte acusadora de cualquier ofendido y en cualquier tipo de delito.

En la vereda contraria, encontramos a quienes se oponen o al menos son partidarios de establecer ciertas limitaciones a la intervención como parte acusadora a la víctima. El punto de partida de los sostenedores de esta posición viene dado ya en la propia Exposición de Motivos de la LRPM al declarar que: *“Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando pruebas, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado, ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor”*.

De esta forma, es el interés del menor el interés preponderante, lo que en el ámbito del sistema penal, dada la calidad de sujetos en pleno proceso de formación y desarrollo de los menores a quienes se aplica, se traduce en que, junto con el carácter de justicia especializada y de reducción de la intervención punitiva, es prioritario propiciar la aplicación de medidas de índole socioeducativa orientadas a la reintegración social del menor infractor, proscribiéndose fines retributivos o de prevención general, por naturaleza antagónicos con el interés superior del menor.

Es decir, no se trata de cualquier enjuiciamiento ni de cualquier enjuiciado, se trata de un enjuiciamiento penal a un menor, y dado que la titularidad

²⁶ Martín Ríos P. “La víctima en...” cit., p. 59.

²⁷ Sanz H., Agata. “La víctima en...”, cit., p. 185.

del *ius puniendi* corresponde al Estado, implica que los particulares no tienen derecho a obtener una sentencia condenatoria de determinado contenido, y como en el proceso penal de menores, a diferencia del de adultos, están en un primer plano, o al menos en un nivel de consideración preferente, las finalidades preventivo especiales, cabe justificar la exclusión de las acciones de los particulares. Desde la perspectiva de la prevención especial, éstos no parecen estar en condiciones de aportar elementos esenciales de cara a la concreción de ésta²⁸. El procedimiento que se establece no tiene una finalidad retributiva, sino lo que se persigue es la recuperación del menor para la sociedad a través de medidas, entendiéndose que sí se diera plena entrada al perjudicado, podría empañar la finalidad educativa en interés del menor que debe perseguir este procedimiento, al intentar hacer valer sus intereses personales de ver al menor castigado²⁹.

De esta forma, son las pretensiones de orden vindicativo³⁰, que suelen adjudicarse a la víctima, las que estarían en franca colisión con el interés superior del menor y justificaría su exclusión como parte acusadora³¹. Desde este punto de vista, si la presencia de la víctima no se limita al conocimiento de las actuaciones procesales y a la reparación, sino que además puede instar por la imposición de todo tipo de medidas respecto del menor, la proyección del dolor y la violencia canalizadas en forma de venganza serán las que dirijan la solicitud de las mismas, contraviniendo de esta forma el espíritu y finalidad última de la jurisdicción de menores, esto es, el interés superior del menor³².

Desde otro punto de vista, el reconocimiento de la víctima como parte acusadora, se visualiza como elemento perturbador para el ejercicio del principio de

²⁸ García Pérez O. "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho Penal de Menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, N I, Madrid, 2002, p. 736.

²⁹ Ventura Faci/Peláez Pérez. *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000, p. 124.

³⁰ La víctima en el proceso penal va a tener una natural tendencia a que la medida aplicable al menor sea lo más aflictiva posible: Ornoza Fernández M. R. *Derecho penal de...*, cit., p. 181. En el mismo sentido, Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p.77.

³¹ Se debe tener presente que la actual redacción del art. 8 de la LRPM dispone que el Juez de Menores no 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. Basta entonces que el acusador particular mantenga la acusación para que el Juez de menores pueda imponer la medida con el tope máximo de la extensión solicitada: Landrove Díaz G. "La acusación particular en el proceso penal del menor", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas. 1ª ed. 2005, p. 1851.

³² Ríos Martín J. C. "La protección a la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores", en *La ley de responsabilidad penal del menor: Situación actual*. Cuadernos de Derecho Judicial, XXV, CGPJ, 2005, p. 388. En sentido contrario, se sostiene que ante tanta apariencia de interés vindicativo del ofendido, se olvida que la medida, independientemente de quien la pida, siempre será educativa y se deberá aplicar en cualquier caso con arreglo al principio de proporcionalidad; Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. IAAP, Sevilla, 2002. p. 189.

oportunidad que responde a la orientación que preside la LRPM³³ y afectaría el necesario margen de discrecionalidad en la aplicación de la norma sustantiva y de su ejecución, dado que la intervención de particulares podría llegar a impedir la apertura de vías consensuales de resolución de conflictos³⁴. Asimismo dicha intervención de la víctima podría vulnerar la intimidad y reputación del menor al tener acceso a informes perjudiciales y hace ilusoria la especialización exigible para todos los operadores jurídicos que intervengan en el procedimiento de menores, ya que ella no podría ser predicable con carácter general de quienes pretendieran actuar como acusadores particulares³⁵.

Por otra parte, hay quienes estiman que las razones que impiden al ofendido el ejercicio de la acción penal se fundan en la aparente inimputabilidad del menor, al que no se sanciona con penas³⁶, sino que se le imponen medidas en un procedimiento que, aparentemente también, no tiene finalidad retributiva sino reeducadora, finalidad que se vería dificultada si el ofendido por el delito tuviera la condición de parte procesal acusadora en sentido estricto, que, aparentemente de nuevo, buscaría el castigo afflictivo más que la recuperación del menor³⁷.

Finalmente, en lo que dice relación con la eventual colisión de la primitiva redacción del art. 25 de la LRPM con lo previsto en el art. 125 de Constitución, que consagra la acción popular, cabe indicar que la mayoría de la doctrina descarta tal colisión, pues el propio texto constitucional deja entregado al legislador el definir la forma y los procesos penales en que los ciudadanos pueden ejercer

³³ García Pérez O. "La posición del...", cit., p. 736. En el mismo sentido: Landrove Díaz G. "La acusación particular...", cit., p. 1852; Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 188; Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 476.

³⁴ La previsión de la participación de la víctima puede obstaculizar, actuando como elemento perturbador, las posibilidades de desjudicialización previstas legalmente, como manifestación del principio de oportunidad, especialmente la previsión de desistimiento de la incoación del expediente el art. 18 de la Ley o la petición de sobreseimiento por indicación del equipo técnico (art. 27.4). Puede dificultar o incluso impedir la posibilidad de alcanzar una sentencia de conformidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 de la Ley: Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., pp. 477 y 484. Se sostiene, sin embargo, por algunos que la actual redacción del art. 4 de la LRPM ha resuelto expresamente el problema planteado en relación con el desistimiento de la incoación del expediente, en el sentido que tal decisión depende en exclusiva del Ministerio Fiscal y no del acusador particular, teniendo el Fiscal sólo la obligación de informar a las víctimas de su derecho a acudir a la vía civil, ya que la penal ha concluido mediante el archivo del expediente: Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p.79.

³⁵ Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 477. Con mayor detalle en relación a estas razones críticas a la intervención de la víctima como acusador particular: Ríos Martín J. C. "La protección a...", cit., pp. 390 y 391.

³⁶ Teniendo en cuenta los dos grandes modelos de responsabilidad que se conocen en el Derecho penal moderno, en relación con la naturaleza jurídica de las reacciones punitivas previstas para las infracciones penales cometidas por personas menores de edad, se debate si se trata más bien de penas o de medidas de seguridad especiales en atención a los destinatarios del sistema. Sobre el debate acerca de esta discusión en la doctrina española ver: Vásquez González C. *Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003, pp. 300 y ss.

³⁷ Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 189.

la acción popular³⁸. Por su parte el Tribunal Constitucional ha resuelto que “resulta así que la Constitución en ese precepto abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal atención” (FJ 3)³⁹.

De lo expuesto, en nuestra opinión, la exclusión de la víctima como parte acusadora no importa su olvido en el proceso de menores, toda vez que, por una parte, se debe tener presente que corresponde al Ministerio Fiscal promover la defensa de los intereses legítimos de las víctimas y perjudicados por el delito, en coherencia con su configuración constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos (art. 124 CE) y de conformidad a lo previsto en el art. 781 LECrim⁴⁰, y por otra y más importante que la anterior, su exclusión como parte acusadora no impide la participación de la víctima en el proceso a través de los mecanismos de conciliación y reparación, toda vez que dado el componente educativo que hay en estos mecanismos, ellos permiten conjugar de mejor manera el respeto tanto de los intereses del menor, como los de la propia víctima, pero compartiendo ambos una orientación común, respetuosa de la finalidad original que animaba a la LRP, de ser una normativa que ante la comisión de hechos delictivos por menores privilegia una respuesta eminentemente educativa. Un Derecho penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho penal de la resocialización, un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima, sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización⁴¹, pues favorece su responsabilización por el hecho cometido, al confrontar las consecuencias de su hecho mediante el reconocimiento de la víctima de los mismos.

Sin embargo, no podemos desconocer la realidad, pues como bien señala la doctrina, el balance que cabe hacer tras las reformas introducidas por la LO 15/2003 y LO 8/2006 en lo relativo a las víctimas de las infracciones cometidas por los menores de edad, es que el legislador parece que ha dejado de considerar prioritario no sólo el superior interés del menor, sino también la finalidad esencialmente educativa de la intervención penal contenida en la LRP, abriendo con ello la puerta a la satisfacción de intereses de naturaleza retributiva, que no están en armonía con los principios y espíritu de un Derecho penal de menores⁴².

³⁸ En el mismo sentido del texto; Sanz H. Agata. “La víctima en...”, cit., p. 188; Vázquez González C. “La posición de...”, cit., p.169.

³⁹ STC 64/199 de 26 de abril.

⁴⁰ Miranda E. Manuel. “La víctima en...”, cit., p. 476.

⁴¹ Giménez-Salinas E. “La mediación en el sistema de justicia juvenil. Una visión desde el derecho comparado”, en *EGUZKILORE CIVCrim*, N°10, San Sebastian, 1996, p. 196.

⁴² Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p.76.

II. 2. Situación procesal de la víctima en la LRPA

Con fecha 7 de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.084 (en adelante LRPA), que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, que entre otras finalidades pretendía establecer una reforma, que según se lee en el Mensaje del proyecto de ley, *“fomentará el sentido de responsabilidad de los adolescentes y permitirá resolver graves conflictos interpersonales, derivados de las infracciones a la ley penal, a través de un sistema de justicia que garantice los derechos de los imputados y de las víctimas”*.

Sin embargo, el referido compromiso de garantizar los derechos de las víctimas no recibe en el articulado de la ley una particular concreción, por lo que el análisis de la posición de la víctima en el tema de responsabilidad penal de menores, necesariamente ha de efectuarse a luz de lo previsto en la normativa aplicable a los adultos⁴³, en virtud de la remisión que efectúa la LRPA a esa legislación⁴⁴.

Como cuestión previa, cabe indicar que el eje del procedimiento de enjuiciamiento penal consagrado en el ordenamiento jurídico chileno está constituido por la garantía del juicio previo, oral y público, con plena vigencia del principio acusatorio, donde la investigación se concibe como una etapa de preparación del juicio, en la que una de las partes, el fiscal, con el auxilio de la policía y otros organismos especializados, tiene la dirección exclusiva de la investigación destinada a comprobar el hecho punible y a recolectar los medios de prueba para respaldar su acusación. Por su parte la función de controlar el respeto a las garantías individuales durante la etapa de investigación ha sido encomendada por la ley al Juez de Garantía. Finalmente queda de manifiesto el carácter acusatorio del sistema con la creación de la figura del defensor público encargado de la defensa de los imputados⁴⁵.

Corresponde asimismo a los fiscales velar por los intereses de la víctima⁴⁶ y a los jueces la obligación de garantizar sus derechos, asimismo se otorga a la

⁴³ Sobre el rol de la víctima en la solución del conflicto penal en el CPP, ver: Carnevali Rodríguez R. *“Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho penal”*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI-2005, Semestre I, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, p. 27.

⁴⁴ Así, en lo relativo a normas de procedimiento, el art. 27 de la Ley 20.084 prescribe que la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal.

⁴⁵ Horvitz Lennon M.I./López Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, T. I. Ed. Jurídica de Chile, 2002, Santiago, p. 45.

⁴⁶ Conforme a lo previsto en el art. 6 del CPP, el fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación de daño causado a la víctima. Igualmente la citada disposición impone a la Policía y demás órganos auxiliares el deber de otorgarle a la víctima un trato acorde a su condición, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir.

víctima el carácter de sujeto procesal aun en el caso que no intervenga como querellante, reconociéndoles un conjunto de derechos, entre ellos: su derecho a ser informada de los resultados del procedimiento (art. 78 letras a y c CPP); a solicitar medidas de protección y cautelares (art. 78 letra b y art. 109 CPP); a ser oída e interponer recursos (art. 109 letras e y f CPP); e incluso a forzar una acusación contra la opinión del fiscal (art.258 CPP).

En lo que dice relación específicamente con el derecho de participación de la víctima en el proceso penal a través del ejercicio de la acción penal, si bien el ministerio público tiene en principio el monopolio de su ejercicio⁴⁷, siempre el ordenamiento procesal chileno ha otorgado a la víctima un rol preponderante en el inicio y persecución penal de ciertos delitos⁴⁸, lo cual se reitera en el actual Código Procesal Penal, permitiéndose a la víctima, a su representante legal o heredero testamentario la posibilidad de interponer querrela (art. 111 CPP), se mantiene entonces la institución del querellante adhesivo o particular para los delitos de acción penal pública o previa instancia particular (art. 261 CPP) y respecto de los delitos de acción penal privada, es la víctima quien promueve y ejerce la acción penal (art.400 CPP), sustituyéndose al Estado en el ejercicio del *ius puniendi* estatal ⁴⁹, estándole vedado al ministerio público intervenir en el procedimiento.

El pleno reconocimiento legal de la víctima como sujeto procesal no es sino concreción del mandato constitucional contenido en el art. 83 inciso 2° CPE, que dispone que: *“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”*. Como ha destacado nuestra doctrina, con ello se confiere a la víctima la calidad de titular del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal en los mismos términos del ministerio público⁵⁰.

El rol protagónico que se confiere a la víctima no se reduce sólo a la posibilidad de constituirse en parte en el proceso a través del ejercicio de la acción penal, sino que además se le confiere el ejercicio de funciones de control sobre las actuaciones del ministerio público. En este sentido, pueden mencionarse como manifestaciones del rol de control por parte de la víctima, entre otras, el que

⁴⁷ El art. 83 de la CPE señala que el Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.

⁴⁸ En el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906 se contemplaba la existencia de delitos de acción penal privada como delitos de acción penal mixta o previa instancia particular y se reconocía la posibilidad a cualquier persona capaz para ejercer la acción penal pública como querellante. Pero como bien indica la doctrina, la incidencia práctica de la acción popular ejercida por terceros ha sido marginal: Horvitz Lennon M.I./López Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, cit., p. 287.

⁴⁹ Horvitz Lennon M.I./López Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, cit., p. 287.

⁵⁰ Horvitz Lennon M.I./López Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, cit., p. 287.

ésta puede frente al archivo provisional⁵¹ de los antecedentes por parte del ministerio público, solicitar la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación; la de provocar a través de la interposición de la respectiva querrela la intervención del Juez de Garantía y posterior continuación de la investigación, en aquellos casos en que el ministerio público hubiese hecho uso de su facultad de no iniciar investigación⁵²; igualmente podrá oponerse a la decisión del ministerio público de aplicar principio de oportunidad (art. 170 CPP); y finalmente un importante rol de control se le confiere a la víctima respecto de la salida alternativa de Suspensión Condicional del Procedimiento (art. 237 CPP), toda vez que se confiere al querellante el derecho a ser oído por el tribunal antes de decidir sobre la misma y de deducir recurso de apelación respecto de la resolución que se pronuncia acerca de ella.

El intenso reconocimiento del rol de la víctima en el proceso penal de adultos que hemos visto es plenamente trasladable al procedimiento penal de menores, pues dado que la LRPA no regula expresamente esta materia, tiene cabal aplicación la normativa procesal penal de adultos en virtud de la remisión que a dicha normativa efectúa el art. 27 de la LRPA.

En virtud de lo anterior, cobra en nuestro país plena vigencia la discusión en relación a la pertinencia o no de reconocer a la víctima la calidad de sujeto procesal en el proceso de menores, a que hacíamos referencia a propósito de la situación en España. No obstante que nuestra doctrina nacional no ha mostrado mayor atención sobre el punto, somos de opinión negativa a la admisión de la víctima en el proceso de menores en un nivel de equivalencia al ministerio público, por cuanto su legitimación como portador de una pretensión punitiva hace decaer peligrosamente –incluso más que en el ordenamiento jurídico español– la consideración preferente que ha de brindarse al interés superior del adolescente (art. 2 LRPA) y de las finalidades socioeducativas que la LRPA reconoce a la intervención penal (art. 20 LRPA), por cuanto, por una parte, a través del mecanismo del forzamiento de la acusación por parte del querellante, se llega incluso a preterir el interés del menor a favor del interés privado, y por otra, puede implicar un entorpecimiento al ejercicio por parte del ministerio público de mecanismos de desjudicialización o destinados a propiciar una intervención mínima.

⁵¹ De conformidad al art 167 CPP, en tanto no se hubiera producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos

⁵² De acuerdo al art. 168 CPP, en tanto no se hubiera producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado.

III. Derecho de reparación

III.1. Antecedentes previos

A partir de la crisis del modelo tradicional de resolución del conflicto penal y principalmente de la pena como instrumento resocializador, comienza el auge de modelos alternativos⁵³, que ponen el énfasis en la idea de reparación-conciliación en lugar de la pena, en la idea de una justicia negociada en lugar de una impuesta. Estos modelos importan al mismo tiempo un rescate, un resurgimiento del papel de la víctima en el proceso penal, que ponga término al modelo tradicional donde Estado-Autor eran los protagonistas y la víctima la gran ausente⁵⁴.

Para los partidarios de la justicia reparadora, ella significa a menudo invertir los términos y situar a la víctima en un primer plano⁵⁵, lo que en su opinión no conlleva su incompatibilidad con los fines del Derecho penal⁵⁶, pues por una parte la reparación desde el punto de vista preventivo especial se valora como el mejor esfuerzo del autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad jurídica, además de superar los peligros del tratamiento, ya que es limitada por definición y no consiste en internalizar un modelo y someterse a él, y no presenta ninguna de las desventajas de la privación de libertad⁵⁷, y por otra, también con ella se alcanzan fines preventivos, mediante el restablecimiento de la paz jurídica⁵⁸, que se alcanza en virtud de la voluntad del autor de la infracción de asumir los hechos cometidos y de reparar los legítimos intereses de la víctima, como también de la voluntad de la víctima de aceptar dicha reparación.

⁵³ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 201; Cruz Márquez B. "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y Reparación del daño", en *REPCP*. 07-14 (2005), p.2.

⁵⁴ En palabras de Hirsch, la euforia fijada en la resocialización del autor, de los años sesenta, fue reemplazada, entretanto, por la euforia que recae sobre la víctima: Hirsch H. J. "Acerca de la...", cit., p. 94.

⁵⁵ Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 196.

⁵⁶ Con detalle sobre la relación entre la reparación del daño y fines de la pena, véase por todos: Roxin C. "Fines de la pena y reparación del daño", en *De los delitos y las víctimas*. Ad hoc, Córdoba, 1992, pp. 129 y ss.

⁵⁷ Maier F., citado por Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 201.

⁵⁸ Giménez-Salinas considera que si bien la mediación-conciliación pertenece indiscutiblemente a la justicia penal, no se sabe si puede inscribirse en la Prevención General, en la Prevención especial o pertenece a las dos, ofreciendo de esta manera una salida independiente al dilema de los objetivos penales antinómicos. Pero junto a los fines clásicos del Derecho penal, es decir, la pena, encaminada al autor o a la colectividad, aparece una nueva función, que sería la llamada "Reconstitución de la paz jurídica": Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 203. Por su parte Sanz Hermida sostiene, que la reparación no se erige como una nueva finalidad del Derecho penal, ni siquiera como una pena o sanción autónoma, sino que viene referida a aquellos mecanismos encaminados a proteger los derechos de la víctima, consistentes en la previsión de incentivos, atenuaciones o exclusiones de pena o medida de seguridad, y dirigidos a los autores y partícipes del hecho delictivo, con el fin de premiar su voluntad de resarcir el daño causado: Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 202.

Pero también y obviamente, para la víctima presenta ventajas, así se sostiene que la medida de reparación es la única medida en la que realmente se tiene en cuenta la opinión y voluntad de la víctima, que tradicionalmente se ha sentido desasistida y que en el marco de la entrevista dentro de un programa de reparación puede poner de manifiesto su indignación, su angustia y al mismo tiempo le ayuda a perder sus temores, pues entra en contacto con el menor infractor y le desdramatiza, rompiéndose con este acercamiento el estereotipo del menor delincuente, de modo que normalmente se siente más escuchada y compensada⁵⁹.

Luego entonces la reparación puede acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella es llevada a cabo voluntariamente; si esa reconciliación, en el sentido de la prevención integrativa⁶⁰, es premiada por la comunidad, la meta de resolver conflictos por vía de la resocialización se alcanza sin menosprecio⁶¹.

El modelo de justicia reparadora se centra en tres ideas fundamentales⁶²: i) el delito es un conflicto entre individuos que produce un daño a la víctima, a la comunidad y a los propios infractores, siendo la misión del proceso penal reparar todos estos daños; ii) el objetivo es crear paz en la comunidad reconciliando a las partes y reparando los daños ocasionados; iii) el proceso judicial penal debe facilitar la participación activa de las víctimas, los infractores y sus comunidades para encontrar soluciones al conflicto⁶³.

Se entiende que la conciliación es manifestación del principio de oportunidad, en que para el delincuente significa principalmente la posibilidad de sustraerse legalmente del proceso penal, y para la víctima, la compensación inmediata del daño producido, es decir, para los dos implica evitar el procedimiento penal⁶⁴. Para otros, es una manifestación de la concreción del principio de intervención mínima en el Derecho penal juvenil, por cuanto con ella se reconocen efectos a la resolución informal del conflicto, por cauces situados fuera del proceso penal⁶⁵.

Sin embargo, no se trata de instrumentos exentos de críticas, así se denuncia el riesgo de vulneración de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial debido a la escasa transparencia y publicidad de los mismos; la falta de imparcialidad del organismo al que se confían las labores de mediación; la forma de

⁵⁹ Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 487.

⁶⁰ Entendida como el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua acerca de la infracción del Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor: Roxin C. "Fines de la...", cit., p. 149.

⁶¹ Roxin C. "Fines de la...", cit., p. 153.

⁶² Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 173.

⁶³ Sobre los principios de la justicia reparadora, véase Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., pp. 196 y ss.

⁶⁴ Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 177; Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 201; Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p. 275.

⁶⁵ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p.2.

configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple de la lógica de las relaciones de fuerza económica y sociales; o las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven⁶⁶; como asimismo, el riesgo de privatización de la justicia penal, al dejar en manos de los intereses de la víctima y del infractor la configuración de la respuesta sancionadora⁶⁷. Del mismo modo, se advierte el riesgo de afectación de la garantía de la presunción de inocencia que puede entrañar la mediación, pues ante la amenaza de continuación del proceso penal, el menor puede renunciar a defender su inocencia y aceptar participar en la negociación con el objeto de beneficiarse de sus efectos procesales⁶⁸. Por último la brevedad de su duración, que suele señalarse como un aspecto positivo, no es tal, puesto que se trata de un método muy complejo, dilatado y laborioso, requiriendo, a su vez, una infraestructura capaz de dar una salida puntual, ágil y rápida a un potencial supuesto⁶⁹.

No obstante las críticas antes referidas, se sostiene mayoritariamente que la conciliación-reparación, entre víctima-delincuente, o delincuente-víctima, debido a su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico, su concepción de medida educativa y su carácter de menor represión, la hace ideal para la Justicia de Menores⁷⁰.

III. 2. Conciliación-Reparación en la LO 5/2000.

La LRPM acogiendo los planteamientos antes mencionados y las sugerencias y recomendaciones contenidas en los textos internacionales sobre la materia⁷¹,

⁶⁶ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 203; Vásquez González C. "La posición de...", cit. p. 178; Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., pp. 8, 12 y ss.

⁶⁷ No obstante advertir la existencia del riesgo denunciado, se plantea como respuesta, el que la mediación es un proceso de carácter público y no privado: Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p. 276.

⁶⁸ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 8; Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 157.

⁶⁹ Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 179; Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 202.

⁷⁰ A juicio de Tamarit, entre las ventajas que ofrece el sistema penal de menores en comparación con el sistema de justicia criminal ordinario, se suele aludir a la primacía de los contenidos rehabilitadores de la intervención sobre los retributivos o de prevención general, las mayores garantías de éxito de la mediación en los imputados menores de edad e incluso la mayor disposición de las víctimas y de la sociedad a aceptar una conciliación o una respuesta blanda ante la delincuencia juvenil en comparación con la de adultos: Tamarit Sumalla J. M. "La justicia reparadora...", cit., p. 143. En el mismo sentido: Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 207; Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 486; Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 174. Con mayor detalle sobre las razones que fundamentan la inclusión de los procesos de mediación en el Derecho penal juvenil: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., pp. 11 y ss.

⁷¹ La Convención Internacional de los Derechos del Niño en su art 40 b) establece que los Estados Partes adoptarán: "*Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales*". Por su parte, las Reglas de Beijing, en su Regla 11 establecen la posibilidad "*cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes*".

introduce mecanismos de reparación-conciliación en su articulado⁷². Así en la Exposición de Motivos se indica que: *“La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta⁷³ y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más; el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”*.

La LRPM contempla la conciliación-reparación en dos momentos procesales: como mecanismo evitador de la sentencia condenatoria (art 19.1)⁷⁴; y como mecanismo para dejar sin efecto la medida impuesta (art. 51.3).

III. 2.1. La conciliación-reparación como mecanismo evitador de la sentencia condenatoria

El art. 19.1 de la LRPM contempla tanto la conciliación como la reparación como instrumentos cuya aplicación puede conducir al sobreseimiento de la causa en fase de investigación. Como presupuesto común de aplicación se requiere que se trate de delitos menos graves o faltas⁷⁵, y ausencia de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos.

⁷² Con ello, en primer lugar, se trataba de consolidar legislativamente los buenos resultados recogidos en las primeras experiencias restauradoras que se habían puesto en marcha en el sistema anterior; en segundo lugar, porque a través del desarrollo de esta práctica se incorporaba a la víctima al sistema; y en tercer lugar, porque a través de esta opción de política criminal se hacían primar los criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 196.

⁷³ Para Cruz Márquez, aunque la Exposición de Motivos aluda al arrepentimiento, su omisión en el texto de la LRPM hace decaer este requisito, incompatible, por otra parte, con una concepción preventiva del Derecho penal, alejada de pretensiones moralizantes: Cruz Márquez B. “La mediación en...”, cit., p.5. Estimam también acertada la omisión aludida, a efectos de no limitar excesivamente la conciliación: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 159.

⁷⁴ Si bien el art.18 de la LRPM contempla la facultad del Ministerio Fiscal de desistirse de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos castigados según el Código Penal ordinario con penas no superiores a tres años de prisión, que no tengan carácter violento o intimidatorio contra las personas y que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, como indica Tamarit, dado los términos en que aparece configurada esta facultad, difícilmente podrá ser utilizada como una vía de no persecución en casos de mediación o reparación, aun cuando no debe descartarse la posibilidad de que el Ministerio Fiscal atienda al hecho de que se haya producido una reparación con carácter previo a su intervención en el caso y tenga en cuenta este hecho para decidir hacer uso de tal facultad: Tamarit Sumalla J. M. “La justicia reparadora...”, cit., p. 151.

⁷⁵ Son delitos menos graves aquellos que la ley castiga con pena menos grave y faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve, lo cual remite al art 33 apartados 3 y 4 del CP, en el cual se establece un detallado catálogo de las penas calificadas como menos graves y leves.

Además se han de tener en consideración la circunstancias del menor, las que serán valoradas por el equipo técnico (art. 27.3), el que desempeña además la labor de encargado de realizar las funciones de mediador (art. 19.3)⁷⁶, asumiendo la iniciativa de la posible actividad reparadora o de la conciliación con la víctima, cuando entienda que ellas proceden en interés del menor, para lo cual informará al Fiscal con indicación de la finalidad y contenido de la actividad. Este protagonismo del equipo técnico en el diseño de la propuesta reparadora, se ha considerado coherente con lo que proclama la Exposición de Motivos, cuando señala que el interés del menor debe ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas⁷⁷.

Si bien el legislador español no excluye del ámbito de aplicación de la conciliación ni de la reparación supuestos en que se hubiese empleado algún grado de violencia, se ha estimado criticable por un sector de la doctrina, la restricción del sobreseimiento por conciliación o reparación del daño a los supuestos de faltas o delitos menos graves, pues con ello se cierra lamentablemente el paso a un desarrollo de la mediación entre el menor y la víctima orientado a la desjudicialización de supuestos de mediana gravedad⁷⁸.

Por otra parte, tratándose de faltas, se estima que tales casos debieran quedar excluidos del proceso de mediación penal y concluir directamente por sobreseimiento, pues frente a ellas resulta cuestionable por desmedida la puesta en marcha de un procedimiento de mediación dada su intensidad⁷⁹. En este sentido, se advierte por algunos autores el riesgo de producir una superjudicialización de algunas infracciones, que de no existir esta alternativa serían archivadas, ello porque a través de esta posibilidad y atendiendo a que se considera positiva para el menor, en cuanto le responsabiliza y permite tomar conciencia del daño causado, se daría entrada a un mayor número de casos a las instancias judiciales⁸⁰.

⁷⁶ Respecto de la configuración, fases y actividades de los programas de mediación, véanse entre otros: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., pp. 24 y ss; Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p. 279. Ante la ausencia de una regulación formal del sistema o procedimiento de la mediación, se manifiestan partidarios de la necesidad de contar con regulación legal mínima, pero lo suficientemente flexible, a fin de asegurar el respeto de garantías básicas en la ejecución del proceso mediador, como asimismo del contenido del informe a remitir al Fiscal: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 162. Por otra parte, dado el carácter de mediador institucionalizado del equipo técnico, se estima que quizás técnicamente no se pueda hablar de mediación, ya que esta figura está referida a la intervención autocompositiva de un tercero de carácter espontáneo, mientras aquí el equipo aparece como mediador institucionalizado, ni que tampoco se pueda hablar de conciliación en cuanto ésta no es preceptiva en el procedimiento, sino que se opta por su intento en función de criterios de oportunidad reglada centrados en el interés del menor: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 160.

⁷⁷ Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 496.

⁷⁸ Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p. 276. En el mismo sentido: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 18. Para esta autora, es posible, sin embargo, que tratándose de supuestos delictivos de mediana gravedad la mediación desempeñe un papel relevante en el plano de la determinación y ejecución de la medida juvenil.

⁷⁹ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 23.

⁸⁰ Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 199.

Para que opere la conciliación se requiere que el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y que ésta las acepte. En el caso de la reparación se requiere de la existencia de un compromiso por parte del menor para con la víctima o perjudicado de llevar a cabo determinadas actividades ya sea en beneficio de aquellos (reparación directa) o de la comunidad (reparación indirecta), seguida de su realización efectiva⁸¹. Es decir, en ambos supuestos se necesita como presupuesto indispensable de la voluntariedad de las partes para que puedan tener lugar estos mecanismos.

Si bien a primera vista pareciera que el no darse el acuerdo de voluntades aludido significaría el fracaso de la conciliación, para alguna doctrina⁸² si sólo concurre la voluntad del menor, mas no la de la víctima, en orden a aceptar las disculpas o en la fase de ejecución de la reparación, la consideración del interés superior del menor y de la finalidad educativa que inspira al sistema han de conducir igualmente al sobreseimiento de la causa, por entender que en tal caso se está ante un supuesto en que no se ha llegado a conciliación por causas ajenas a la voluntad del menor (art. 19.4)⁸³.

Se ha entendido por algunos autores, que la conciliación como modalidad de satisfacción a la víctima se centra en las disculpas en las que el diálogo menor-víctima adquiere una dimensión pedagógica como mecanismo de solución del conflicto, en cambio, en la reparación, el centro está en el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad (aplicable en los casos de delitos sin víctima personalizada), que debe ir seguido de su efectiva realización⁸⁴, es decir, con la conciliación se incide en la satisfacción moral o psicológica, mientras que en la reparación tiene un contenido material⁸⁵.

Para Cruz Márquez, la diferencia entre conciliación y reparación no viene dada tanto por el carácter psicológico de una y material de la otra, sino más bien por la circunstancia de tratarse de dos modalidades distintas de plantear la solución del conflicto y que tienen en común la realización de un proceso de mediación, constituyendo ese proceso de mediación el elemento esencial de

⁸¹ Frente a la exigencia para proceder al sobreseimiento, que la conciliación y la reparación sean efectivamente realizadas, consideran que se trata de un sobreseimiento bajo condición, al modo de la *probation* anglosajona: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 156. En el mismo sentido: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 196.

⁸² Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 205. En el mismo sentido: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 5.

⁸³ No lo entiende así Fernández Molina, para quien si se admite eludir el consentimiento de la víctima como requisito para poder adoptar el sobreseimiento, se estará negando la esencia misma de la mediación, que no constituye una mera solución anticipada: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 198.

⁸⁴ Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 497.

⁸⁵ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 205; Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 176.

ambas figuras, pues confiere a los involucrados un espacio específico para la atención del conflicto interpersonal, con independencia del resultado concreto obtenido⁸⁶.

A juicio de esta autora, al erigirse como elemento central o esencial de la mediación la posibilidad de ofrecer al menor y víctima un espacio específico para la atención del conflicto interpersonal, se constituye a la voluntad o disposición del menor de participar en estos procesos, en el criterio decisivo para determinar el grupo de menores que presentan características adecuadas para participar en ellos, por sobre consideraciones relativas a la capacidad del menor de asumir responsabilidades (capacidad de disculparse o de reparar), que a pesar de ser un criterio razonable, conlleva el riesgo de excluir de la mediación a aquellos menores que presenten dificultades de socialización o un entorno familiar disfuncional, por cuanto, respecto de ellos el pronóstico en relación a su capacidad reparadora será por lo general negativo⁸⁷.

Por otra parte, la satisfacción de orden psico-emocional para la víctima, presente tanto en la conciliación como en la reparación, en las cuales se tienen en cuenta los intereses de la víctima globalmente considerados y que por tanto puede comprender prestaciones tanto materiales como inmateriales, permite distinguirla de la reparación civil, que aspira a la indemnización de los daños efectivamente causados a la víctima⁸⁸.

En cuanto al reconocimiento de los hechos por parte del menor, se ha estimado que éste no puede ser considerado como una confesión o como un supuesto de allanamiento, sino sólo en el sentido que da lugar a considerar la probabilidad de los hechos reconocidos, en una escala de posibilidad-probabilidad certeza⁸⁹, o simplemente como manifestación de una voluntad de entendimiento con la víctima, a fin de aclarar los términos en que se produce su participación en los hechos⁹⁰. Esto último cobra relevancia en el evento que la reparación no se lleve a efecto por causas atribuibles al menor, pues como en tal caso debe continuarse con la tramitación de la causa, el Ministerio Fiscal al contar con los antecedentes relativos a los compromisos asumidos y de las razones del incumplimiento, es decir, al estar al tanto del reconocimiento de los hechos efectuados por el menor, podría limitar su actuación simplemente a la solicitud

⁸⁶ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 4; Ratifica lo expuesto la circunstancia que de igual forma podrá decretarse el sobreseimiento cuando la conciliación o la reparación no se pueden llevar a cabo por causas no atribuibles al menor.

⁸⁷ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., pp. 19 y 20.

⁸⁸ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 202; Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 6; Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 201. Ello sin perjuicio de las valoraciones que en el ámbito de la reparación civil, se tengan en cuenta las prestaciones efectuadas por parte del menor como consecuencia del compromiso acordado en virtud de la mediación penal.

⁸⁹ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p.208.

⁹⁰ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 9.

de determinada medida, pues en virtud de tal reconocimiento se podría estimar que se tiene por establecida la participación y culpabilidad del menor en los hechos atribuidos, de modo entonces que no entender el reconocimiento de los hechos efectuado por el menor en el ámbito de la conciliación o reparación, en el sentido antes indicado, podría conducir a una vulneración de la presunción de inocencia y del derecho a no declararse culpable⁹¹.

Cumplida la conciliación o los compromisos asumidos por el menor para con la víctima o perjudicado o cuando una u otra no puedan llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por terminada la instrucción y solicitará al Juez de menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones (art. 19.4).

III. 2. 2. La conciliación y reparación como mecanismo para dejar sin efecto la medida impuesta.

De conformidad con el art 51.3 de la LRPM, la conciliación del menor con la víctima en cualquier momento que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el art. 19 de la LRPM, podrá dejar sin efecto la medida impuesta, cuando el Juez estime que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Para algún sector de la doctrina como la disposición referida sólo alude expresamente a la conciliación, quedaría excluida del ámbito de aplicación de esta disposición la reparación⁹². Sin embargo para otros resulta conveniente interpretar el término conciliación a que se refiere el art. 51.3 de la LRPM en sentido amplio, entendiéndolo como mediación entre ambas partes, independiente de la forma concreta que ésta adopte, e incluir también la reparación del daño, en consonancia con la alusión legal expresa al acuerdo alcanzado entre menor y la víctima en el marco del art. 19.1 de la LRPM, pues no entenderlo así contradice el principio de atención al interés superior del menor, en tanto niega todo valor a la voluntad de reparar el daño manifestada por éste⁹³.

⁹¹ El reconocimiento de los hechos no es una confesión o declaración incriminatoria de los hechos imputados, en tanto que tampoco la actividad mediadora es un medio de investigación o tiene efectos probatorios anticipados o preconstituídos: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 167. En el mismo sentido: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 202. Cruz Márquez igualmente destaca la necesidad de asegurar una serie de garantías a la víctima en el proceso de mediación, a fin de evitar que la insistencia en las ventajas que ofrecen estos mecanismos para la consecución del interés superior del menor, comprometan su participación en un proceso de este tipo: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p.10.

⁹² Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 214.

⁹³ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 11; En el mismo sentido: Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la ...*,cit., p. 481.

A diferencia de la conciliación que tiene lugar en la fase de instrucción, el art 51.3 no restringe su ámbito objetivo de aplicación a determinados delitos, con el cual se extiende considerablemente su campo de aplicación, superándose con ello las críticas que respecto de este punto se formulan a la conciliación en la fase de instrucción⁹⁴. Cabe indicar también que en el ámbito del art 51.3, la promoción de la solución conciliadora, que en la instrucción aparece encomendada en régimen de exclusividad al equipo técnico, aquí se confía al propio Fiscal, o en régimen de alternativa a la defensa del menor, o además, a la institución encargada de la ejecución de la medida⁹⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio, sí resulta criticable que los efectos de la conciliación en la fase de cumplimiento de la medida queden condicionados a la consideración del tiempo de ejecución efectiva de la medida, pues ello importa la consideración de fines retributivos o de prevención general que van en desmedro de la protección del interés superior del menor⁹⁶.

Cumplidos los requisitos del art 51.3 el Juez de menores dejará sin efecto la medida impuesta. En opinión de Sanz Hermida, el mencionado efecto llevaría a excluir en principio la posibilidad de sustituir la medida impuesta por otra menos gravosa para el menor, de modo que la decisión jurisdiccional se habría de debatir entre "el todo o nada", lo que a juicio de esta autora parece una interpretación excesiva, por lo que eventualmente cabría que el órgano jurisdiccional sustituyera esta medida por otra menos gravosa o redujera la duración de la impuesta⁹⁷.

III. 3. Conciliación-reparación en la LRPA.

La LRPA, se refiere expresamente a la reparación del daño sólo como sanción (art. 10), omitiendo toda referencia expresa a ella y a la conciliación, como formas alternativas de resolución del conflicto, tampoco contiene referencia alguna a ellas en fase de ejecución de la sanción. Sin embargo, lo anterior no implica que el articulado de la ley no pueda dar cabida a ellas en fase de investigación o de cumplimiento.

⁹⁴ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 18.

⁹⁵ Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 169.

⁹⁶ Por otra parte, desde un punto de vista práctico nos parece que representa un desincentivo para la aplicación del art 51.3 la exigencia adicional de que el tiempo cumplido de la medida exprese suficientemente el reproche que merecen los hechos, por cuanto ese sólo criterio, conforme a lo dispuesto en el art 13.1, permite al Juez dejar sin efecto, reducir la duración o sustituir la medida impuesta.

⁹⁷ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 216. Para Miranda Estrampes, siguiendo a Coronado Buitrago, la reparación como condicionante de la suspensión del fallo se asemeja bastante a una nueva medida, de tal forma que se configura legalmente como una sustitución de medidas; la sustitución de una, la adoptada en la resolución, que normalmente será más grave, por otra, que es aquella actividad en la que va a consistir la reparación: Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 493.

III. 3. 1. Conciliación-reparación en la fase de investigación.

Como decíamos, la LRPA no contempla en forma expresa a la mediación ni la reparación del daño como mecanismos alternativos de la resolución del conflicto penal capaces de evitar la dictación de la sentencia. Sin embargo, a través de salidas alternativas al procedimiento previstas expresamente a propósito del procedimiento penal de adultos⁹⁸ y aplicables al proceso de menores, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la LRPA, resulta posible brindar acogida a la mediación penal, nos referimos a los acuerdos reparatorios (art. 241 CPP)⁹⁹ y a la Suspensión Condicional del Procedimiento (art. 237 CPP)¹⁰⁰.

El acuerdo reparatorio consiste esencialmente en un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue y que aprobado por el juez y cumplida la prestación, acarrea el sobreseimiento definitivo (art. 242 CPP). Desde un punto de vista objetivo el legislador chileno ha limitado la procedencia de este mecanismo sólo respecto de aquellos delitos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial¹⁰¹, o consistan en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

El juez de garantía podrá negar su aprobación al acuerdo convenido, cuando éste versare sobre delitos diversos a los referidos, o cuando el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado o cuando existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, entendiéndose el legislador que concurre este interés público prevalente cuando el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular

En cuanto al contenido de la reparación, ésta no sólo puede consistir en el pago de una suma de dinero, sino que también puede consistir en otro tipo de prestaciones por parte del imputado, incluso una reparación simbólica a

⁹⁸ Sobre la mediación en el sistema penal ordinario en Chile ver: Díaz Gude A. "La experiencia de la Mediación Penal en Chile", en *Política Criminal*, Vol. 5, N° 9 (julio 2010) art. 1, p.1-67, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf.

⁹⁹ Cabe indicar que el Proyecto de Ley del Ejecutivo autorizaba la celebración de acuerdos reparatorios sin establecer limitaciones en cuanto a su procedencia.

¹⁰⁰ A propósito del sistema penal de adultos Carnevali cuestiona la inclusión de la Suspensión Condicional del Procedimiento como una manifestación de la mediación penal, en atención a que el rol de la víctima no resulta determinante para resolver su procedencia y de que se trata de una salida que requiere como fundamento de legitimación la voluntad del imputado, el que debe soportar determinadas cargas de carácter sancionatorio: Carnevali Rodríguez R. "Las políticas de orientación...", cit., p.33. En sentido contrario, Díaz Gude A. "La experiencia de la...", cit., p. 51.

¹⁰¹ A juicio de la doctrina nacional, con la alusión a bienes jurídicos disponibles la ley abrió el camino para una interpretación progresiva de este término de modo de favorecer una ampliación paulatina de casos susceptibles de acuerdo reparatorio: Horvitz Lennon M.I./Lopez Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, cit., p. 571

satisfacción de la víctima, o en la realización de determinadas acciones a favor de ésta o de la colectividad¹⁰².

A pesar que el ordenamiento jurídico chileno no impide la realización de acuerdos reparatorios tratándose de adolescentes, y por ende se constituyen en una vía válida para introducir la mediación como mecanismo de resolución de conflicto, en nuestra opinión hubiese sido del todo deseable su regulación expresa por parte del legislador en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil a objeto de que ellos se conformasen de mejor manera con los objetivos de la intervención penal en esta área, toda vez que creemos que el diseño que presentan los acuerdos reparatorios en el sistema de adultos mira más bien a esta herramienta como un mecanismo utilitario necesario para la descongestión del sistema penal y no tanto como un espacio de diálogo, que posibilite el reencuentro imputado-víctima, ya que por sobre esa posibilidad de reencuentro en dicho diseño siguen prevaleciendo finalidades preventivas generales, que pueden obstaculizar su procedencia, como es la consideración del interés público prevalente, interés que en el ámbito de la justicia juvenil debiese ceder frente al interés superior del menor, entendido como principio orientado a optimización de sus derechos.

Asimismo estimamos que con la omisión de una regulación expresa de este mecanismo en el articulado de la LRPA, se dejó pasar la ocasión de posibilitar la aplicación de los acuerdos reparatorios y por ende de la mediación a delitos más graves respecto de los cuales la experiencia comparada ha demostrado que la mediación se comporta como un medio eficaz de resolución del conflicto penal.

En relación con la voluntariedad, cabe mencionar que nuestra legislación junto con imponer al juez la obligación de velar porque dicho consentimiento se hubiese prestado libremente, consagra además el principio de la confidencialidad del mediador, pues queda prohibido invocar, dar lectura, ni incorporar como medio de prueba en el juicio oral ningún antecedente que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, rechazo o revocación de un acuerdo reparatorio (art. 335 CPP).

La segunda vía para aplicar la mediación como alternativa al proceso, es la Suspensión Condicional del Procedimiento (art. 237 CPP), que es un mecanismo que permite a los fiscales del ministerio público, con acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, y que el imputado deberá cumplir dentro de un plazo de observación que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.

¹⁰² En ese sentido Instructivo N° 34 del Fiscal Nacional, 2000.

Como requisitos de procedencia de la Suspensión Condicional del Procedimiento se establece que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no exceda de tres años de privación de libertad y que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. Asimismo se impone al juez el deber de verificar no sólo la concurrencia de los requisitos antes descritos, sino además que el acuerdo del imputado se haya prestado libre y voluntariamente.

Cumplidas satisfactoriamente la o las condiciones fijadas por el juez durante el plazo de suspensión, esto es, sin que ella fuere revocada¹⁰³, se produce la extinción de la acción penal de pleno derecho, debiendo el juez de oficio o a petición de parte dictar el sobreseimiento definitivo (art. 240 CPP).

Entre las condiciones que se pueden imponer al imputado en el marco de la Suspensión Condicional del Procedimiento y que permitirían dar cabida a la mediación, está el pagar una determinada suma a título de indemnización de perjuicios a favor de la víctima (art. 238 letra h CPP), o la imposición de otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se trate y fuere propuesta fundadamente por el ministerio público (art.238 letra h CPP).

Ahora bien y en relación al presupuesto objetivo de aplicación de la Suspensión Condicional del Procedimiento, que dice relación con la exigencia que la pena que pudiere imponerse no exceda de tres años, cabe señalar que se ha entendido que se trata de pena concreta, con lo cual su ámbito de aplicación tratándose de adolescentes es relativamente mayor que en el caso de adultos, por cuanto, de conformidad con lo previsto en el art. 21 de la LRPA, para establecer la duración de la sanción que deba imponerse a un menor entre catorce y dieciocho años, el tribunal deberá aplicar la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito correspondiente¹⁰⁴. En virtud de lo anterior, resulta posible dar cabida a la mediación respecto de delitos de mediana gravedad e incluso graves cometidos por infractores ocasionales y que no pueden acceder a la mediación por la vía de acuerdos reparatorios.

Del mismo modo y en los mismos términos que en los acuerdos reparatorios se consagra el principio de confidencialidad.

¹⁰³ La ley contempla dos causales de revocación de la suspensión condicional del procedimiento: cuando el imputado fuere objeto de una nueva formalización por hechos distintos a los que fueron materia del acuerdo, o cuando el imputado incumpliere grave, reiterada e injustificadamente las condiciones impuestas por el juez de garantía (art. 239 CPP).

¹⁰⁴ En el mismo sentido: Díaz Gude A. "La experiencia de la...", cit., p. 51; Couso Salas J. *La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084*, Documento de Trabajo N° 12, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, 2008.

Sin embargo, como contrapartida cabe mencionar que el plazo de observación resulta excesivamente largo, tratándose de criminalidad leve, toda vez que respecto de ese tipo de delitos la eventual sentencia condenatoria puede durar mucho menos tiempo e incluso puede disponerse la suspensión de su ejecución (art. 41 LRPA), lo cual representa un desincentivo para la aplicación de esta salida alternativa.

Por otra parte, de las dos alternativas que ofrece la Suspensión Condicional del Procedimiento, estimamos que la que resulta más apropiada para desarrollar procesos de mediación es aquella que consiste en la imposición de otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto, pues la indemnización de perjuicios a la víctima, se acerca más a la reparación civil que a la construcción de un espacio de diálogo entre víctima e imputado que permita restaurar las relaciones dañadas con el delito y el retorno del infractor a la comunidad.

III.3.2. Reparación del daño como sanción.

Como señalábamos anteriormente, la única referencia expresa de la LRPA a la reparación del daño lo es como sanción, de acuerdo a su art. 10, ella consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio remunerado en su favor, siendo necesario en este último caso la aceptación previa del condenado y de la víctima¹⁰⁵.

Cabe tener presente que el ámbito objetivo de delitos que pueden ser objeto de esta sanción está constituido por aquellos en que la pena a aplicar no supera los 540 días de privación de libertad (art. 23 N°s 4 y 5). Es decir, esta sanción está orientada principalmente a la criminalidad leve o de mediana gravedad ocasional.

No obstante el tenor de la disposición que estipula la reparación del daño como sanción, a nuestro juicio, el ámbito en el que realmente puede darse un proceso de mediación es aquel en que la reparación del daño consiste en la prestación de un servicio remunerado a favor de la víctima, ello por cuanto la reparación consistente en una prestación en dinero o en la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción, tanto desde un punto de vista sustantivo como práctico, no ofrece las condiciones adecuadas para realizar una mediación penal.

¹⁰⁵ La reparación del daño como sanción penal autónoma aplicable a los menores ha merecido críticas de diversos autores, que consideran que supone una seria amenaza para la voluntariedad propia de la mediación reparadora: Tamarit Sumalla J. M. "La justicia reparadora...", cit., p. 148, pp.29.

En efecto, la prestación en dinero o la restitución de la cosa en el diseño del legislador más bien apuntan a una reparación civil, con escaso contenido educativo y no a la creación de un espacio de encuentro entre imputado-víctima en orden a superar el conflicto penal, tanto así que el legislador respecto de esta modalidad de reparación no exige como condición de ella la aceptación previa del imputado ni de la víctima, elemento a nuestro juicio indispensable para poder estar en presencia de una verdadera mediación penal, por cuanto la acción reparadora no puede ser entendida sin considerar y valorar los legítimos intereses de la víctima, ya que es ella la que debe ser reparada, como tampoco desconocer la voluntad reparadora del menor. En suma la prestación en dinero o la restitución de la cosa es más propia de una sanción impuesta que de una medida acordada¹⁰⁶.

Desde un punto de vista práctico, tampoco la reparación del daño como sanción consistente en la entrega de una prestación en dinero o en la restitución de la cosa objeto del delito, resulta una pena que pueda tener una aplicación significativa, ello por cuanto de ser factible la prestación en dinero o restitución de la especie, ellas podrían haber operado en forma previa como salida alternativa al procedimiento, ya sea bajo la forma de acuerdo reparatorio o de Suspensión Condicional del Procedimiento, evitando con ello el efecto de por sí estigmatizante de toda condena.

En la reparación del daño que consiste en la prestación de un servicio remunerado a favor de la víctima, en la cual sí podría tener lugar un proceso de mediación, cabe tener en consideración, que como sanción se encuentra subordinada, a nuestro juicio, a los fines específicos que la LRPA atribuye a dicha consecuencia jurídica, los que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 20 de la LRPA no son otros que hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Lo anterior implica que el contenido del proceso de mediación ha de estar condicionado al logro de las finalidades que la LRPA asigna a las sanciones. En este sentido pareciera, a nuestro juicio, que el legislador chileno optó por dar primacía en el contenido del acto reparador, al efecto rehabilitador por sobre el restaurativo, por cuanto se busca poner el énfasis en lograr que la reparación implique un proceso de aprendizaje por parte del adolescente que le permita adquirir competencias sociales que le lleven a empatizar con la víctima, más que en los intereses reales de esta última¹⁰⁷.

¹⁰⁶ En este sentido Tamarit advierte que una visión en clave economicista de la reparación debe ser evitada, a objeto de salir al paso de las frecuentes acusaciones de monetarización de la responsabilidad criminal que supone la introducción de formas de justicia reparadora en el ámbito penal: Tamarit Sumalla J. M. "La justicia reparadora...", cit., p. 156.

¹⁰⁷ En el borrador para la discusión de las Orientaciones Técnicas de los Programas para la ejecución de la sanción de reparación del daño, elaboradas por el Servicio Nacional de Menores, se dice que

III.3.3. Conciliación-reparación en fase de ejecución.

Si bien la LRPA no lo señala expresamente, en la fase de cumplimiento de la sanción impuesta, la mediación penal puede tener cabida a través ya sea del proceso de sustitución de condena, ya a través de la remisión de la misma.

En virtud del procedimiento de sustitución de condena, el Tribunal encargado del control de la ejecución de la sanción, de oficio o a petición del adolescente o de su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor. Asimismo se dispone que a la audiencia respectiva pueda asistir, entre otros, la víctima (art. 53 LRPA).

En lo que respecta a la remisión de condena, el tribunal podrá remitir el cumplimiento del saldo de condena, cuando en base a antecedentes calificados considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición (art. 55 LRPA). Al igual que en el caso anterior a la audiencia respectiva también podrá asistir la víctima.

Presupuesto común para la aplicación de ambos mecanismos es la consideración preferente por el logro de los fines preventivos especiales, y sin duda a dicho logro puede contribuir eficazmente el proceso de mediación penal. Lo anterior, entendemos, condiciona la orientación que ha de tener la intervención de la víctima en esta fase, proscribiéndose la participación de una víctima que pretenda la satisfacción de intereses de orden vindicativo o retributivo o que abogue por la primacía de fines preventivos generales.

Si bien es cierto que se puede sostener que la mediación en esta etapa llega demasiado tarde, cabe resaltar como contrapartida que a diferencia de lo que ocurre en las fases anteriores, en esta etapa no existen limitaciones en cuanto al tipo de delitos respecto de los cuales puede tener lugar el proceso de mediación, con lo cual la conciliación-reparación puede desplegar su eficacia en toda aquella gama de delitos excluidas de las fases previas¹⁰⁸.

IV. Conclusiones

De lo expuesto, en nuestra opinión, en relación con el derecho de participación de la víctima en los sistemas penales juveniles, somos de opinión negativa a

¹⁰⁸ En el contexto de esta sanción, la habilitación social se traduciría en el desarrollo de habilidades para resolver conflictos de manera pacífica, la capacidad de identificar cognitivamente posturas e intereses divergentes a la suya, tolerancias a ciertos grados de frustración, asertividad, flexibilidad cognitiva, etc.". SENAME, Santiago noviembre de 2006, p. 8.

¹⁰⁹ La única limitación de carácter objetivo que se contempla es que en caso alguno podrá sustituirse la internación en régimen cerrado por la sanción de reparación del daño.

la admisión de la víctima en el proceso de menores en un nivel de igualdad al Ministerio Público, por cuanto su legitimación como portador de una pretensión punitiva hace decaer peligrosamente la consideración preferente que ha de brindarse al interés superior del adolescente, por cuanto, por una parte, a través del mecanismo del forzamiento de la acusación por parte del querellante, se llega incluso a postergar el interés del menor a favor del interés privado, y por otra, puede implicar un entorpecimiento al ejercicio por parte del Ministerio Público de mecanismos de desjudicialización o destinados a propiciar una intervención mínima.

Lo anterior no importa el olvido de la víctima en el proceso de menores, ya que por una parte se debe tener presente que corresponde al Ministerio Público promover la defensa de los intereses legítimos de las víctimas y perjudicados por el delito, y por otra, con ello no se está impidiendo la participación de la víctima en el proceso a través de los mecanismos de conciliación y reparación, toda vez que dado el componente educativo que hay en estos mecanismos, ellos permiten conjugar de mejor manera el respeto, tanto de los intereses del menor, como de los de la propia víctima, pero compartiendo ambos una orientación común, respetuosa de la finalidad original que inspira a la LRPA, de ser una normativa que ante la comisión de hechos delictivos por menores privilegia una respuesta eminentemente educativa.

Por último cabe señalar que si bien la LRPA, brinda espacios para la mediación penal, estimamos que la ausencia de una regulación expresa de la misma, principalmente en fase previa a la dictación de la sentencia, le resta reales posibilidades de aplicación, privándose con ello al sistema penal de adolescentes de un mecanismo de resolución de conflictos idóneo, tanto para la concreción de los principios de intervención mínima de carácter socioeducativo, como de respeto por los intereses reales de la víctima, los que obviamente van mucho más allá del reconocimiento de una prestación indemnizatoria.

Bibliografía

BACA BALDOMERO/ECHEBURUA ODRIÓZOLA/TAMARIT SUMALLA (Coord.), *Manual de Victimología*, Valencia. 2006.

CARNEVALI RODRÍGUEZ R. "Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI-2005, Semestre I, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005.

CORONADO BUITRAGO M. "La singular posición de la víctima en la justicia de menores, en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993.

COUSO SALAS J. *La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084*, Documento de Trabajo N°12, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, 2008.

CRUZ MÁRQUEZ B. "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y Reparación del daño", en *RECPC*. 07-14 (2005).

DÍAZ GUDE A. "La experiencia de la Mediación Penal en Chile", en *Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, julio, 2010.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ. *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Civitas, Navarra, 2008.

ESER A. "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales", en *De los delitos y las víctimas*, Ad hoc, Córdoba, 1992.

Fernández BERMEJO M. "La mediación como solución alternativa al proceso y su significación respecto de la víctima", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal* N° II, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ MOLINA E. *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCIA PÉREZ O. "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho Penal de Menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, N I, Madrid, 2002.

GIMÉNEZ-SALINAS E. "La mediación en el sistema de justicia juvenil. Una visión desde el derecho comparado", en *EGUZKILORE CIVCrim*, N°10, San Sebastian, 1996.

HERRERA MORENO M. *La hora de la víctima. Compendio de de victimología*. Edersa, 1996.

HIRSCH H J. "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales", en *De los delitos y las víctimas*. Ad hoc, Córdoba, 1992.

HORVITZ LENNON M.I./LOPEZ MASLE J. *Derecho Procesal Chileno*, T. I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

LANDROVE DÍAZ G. "La acusación particular en el proceso penal del menor", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas. 1ª ed. 2005.

MAIER JULIO B. J. "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y las víctimas*, Ad hoc, Córdoba, 1992.

MAPELLI CAFFARENA/GONZÁLEZ CANO/AGUADO CORREA. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. IAAP, Sevilla, 2002.

MARTIN OSTOS J. "Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores", en AA.VV: *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

MARTIN RIOS P. "La víctima en el proceso penal de menores español (Especial referencia a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre)", en *Anuario de Justicia de Menores*, N° VI, Sevilla, 2006.

MIRANDA E. MANUEL. "La víctima en el proceso de reforma de menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, II, 2000.

ORNOSA FERNÁNDEZ M. R. *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001.

ORIENTACIONES TÉCNICAS DE LOS PROGRAMAS PARA LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO. SENAME, Santiago, noviembre, 2006.

SANZ H. AGATA. "La víctima en el proceso penal de menores", en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 1, Sevilla, 2001.

RÍOS MARTIN J. C. "La protección a la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores", en *La ley de responsabilidad penal del menor: Situación actual*. Cuadernos de Derecho Judicial, XXV, CGPJ. 2005.

ROXIN C. "Fines de la pena y reparación del daño", en *De los delitos y las víctimas*. Ad hoc, Córdoba, 1992.

TAMARIT SUMALLA J. M. "La justicia reparadora en el sistema penal de menores" en *Derecho penal y psicología del menor*, Universidad de La Laguna 2007, Comares, Granada, 2008.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ C. *Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ C. "La posición de la víctima o perjudicado en el proceso de menores. Especial consideración de la reparación entre el menor infractor y la víctima", en *Anuario de Justicia de Menores*, N° II, Sevilla, 2002.

VENTURA FACI /PELÁEZ PÉREZ. *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores. Comentarios y jurisprudencia*. Colex, Madrid, 2000.

Principio de legalidad y vigencia de las modificaciones legales al DFL N° 2 introducidas por la ley 20.455.

Benjamín Bernstein Porcile

Profesor Planificación Tributaria
Universidad del Desarrollo
Pontificia Universidad Católica de Chile

Resumen: El autor aborda desde un punto de vista analítico las modificaciones legales introducidas al DFL N°2 por la Ley 20.455 al alero, además, de la interpretación hecha por el Servicio de impuestos Internos.

1. Respecto del tema en discusión sobre el principio de legalidad y la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.455, publicada en el Diario Oficial con fecha 31 de julio del presente año, y que fuera interpretada por el Servicio de Impuestos Internos a través de su subdirección normativa, provocando un cuestionamiento en cuanto a la interpretación sustentada por el Servicio por parte del Secretario General de la Cámara Chilena de la Construcción, señor Carlos Urenda, mediante presentación efectuada por la entidad gremial con fecha 1° de octubre del año 2010, y que ha sido respondida por el Servicio de Impuestos Internos, a través de su Director Nacional, con fecha 26 de octubre recién pasado, es necesario hacer precisiones, toda vez que, no es primera vez que, se suscita un problema entre las facultades de interpretación que la Ley Tributaria entrega al Director Nacional del SII en conformidad con el artículo 6°, letra A del Código Tributario¹, en concordancia con el artículo 7°, letra b), del Decreto con Fuerza de Ley N° 7, de Hacienda que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos², con el Principio constitucional de

¹ Artículo 6° del Código Tributario: Corresponde al Servicio de Impuestos Internos el ejercicio de las atribuciones que le confiere su Estatuto Orgánico, el presente Código y las leyes, y en especial, la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias. Dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio, corresponde: A.- Al Director de Impuestos Internos: 1°.- Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos.

² Artículo 7°, letra b) DFL N°7, de Hacienda de 30 de septiembre de 1980, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos y Adecua disposiciones legales que señala, publicado en el Diario oficial de 15 de octubre de 1980, y actualizado al 27 de enero de 2009, y que señala: El Director tiene la autoridad, atribuciones y deberes inherentes a su calidad de Jefe Superior del Servicio y, en consecuencia, sin que ello implique limitación, le corresponden las siguientes atribuciones, responsabilidades y obligaciones: b) Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos.

legalidad, lo anterior da origen a lo que se ha denominado como las Circulares con Fuerza de Ley, es decir actos administrativos en este caso emanados del Jefe del Servicio, que en su afán de determinar el exacto alcance y contenido de la norma legal, se excede en su interpretación, pasando a regular materias no tratadas en la ley, restringe la aplicación de la ley, le da una aplicación analógica o no da aplicación a normas legales en su labor interpretativa infringiendo, en todos estos casos el principio de legalidad.

Debemos señalar que el principio de legalidad se encuentra contemplado en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política del Estado, y garantiza a todas las personas "La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

Agrega la Carta Fundamental que:

"En ningún caso la Ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos."

"Los tributos que se recauden cualquiera que sea su naturaleza ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado."

"Sin embargo, la Ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectos a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá (la ley) autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo".

Por su parte, el artículo 63 de la Constitución señala que solo son materias de ley N° 2 las que la Constitución exige sean reguladas por una ley, y en su N° 14, señala las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Adicionalmente, el artículo 65 señala: "Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de 10 diputados ni por más de 5 senadores".

"Las leyes sobre tributos de cualquier naturaleza que sean, sobre los presupuestos de la administración pública, sólo pueden tener su origen en la Cámara de Diputados".

"Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para N° 1: Imponer, suprimir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión³. Es decir, a través de las disposiciones constitucionales citadas queda evidente que sólo a través de la Ley en este caso la ley tributaria podrán establecerse, modificarse, condonarse, establecerse exenciones o modificarse las existentes como ocurre con aquellas contempladas en el DFL N° 2 del año 1959. En otras palabras, aplicación irrestricta del principio de legalidad tributaria. Aún más tampoco se pueden lesionar o afectar los derechos fundamentales en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"⁴.

El que la fuente obligada de los tributos sea la ley, según se deduce claramente de las normas constitucionales transcritas, implica que "sólo la ley debe definir cuáles son los supuestos y los elementos de la relación tributaria. Al decir elementos y supuestos, se quiere acentuar que es la ley la que debe definir los hechos imponible en su acepción objetiva y también en la esfera subjetiva, o sea, cuáles son los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer. Debe la ley establecer el objeto y la cantidad de la prestación, es decir, el criterio con que debe valuarse la materia imponible, para aplicar luego el impuesto en un monto determinado, y es también la ley la que debe definir ese monto"⁵.

Entre la doctrina nacional don Pedro Massone ha señalado que, para satisfacer el principio de legalidad, la ley a lo menos deberá tener determinados los siguientes elementos: "El hecho jurídico tributario (Hecho gravado o fáctico), la correspondiente base imponible, la tasa, y el sujeto pasivo de la obligación tributaria. Además, el principio en estudio comprende no sólo las normas que instituyen tributos, sino también aquellas que regulan su determinación y aplicación y las sanciones por la posible infracción de las mismas"⁶.

2. La ley N° 20455 modificó diversos cuerpos legales con el objeto de obtener recursos destinados al financiamiento de la reconstrucción nacional, derivado de los daños producidos por el terremoto acaecido en Chile el día 27 de febrero del año 2010, entre los cuales puede mencionarse el aumento transitorio del impuesto de primera categoría a la ley de la renta que este año será de un 20% y el 2012 de un 18,5%, retornando el año 2013 al 17 % actualmente vigente. Sin embargo, dentro de estas disposiciones también se modificó en términos

³ Citas efectuadas por don Espiñeira Evans Eugenio, en *Los Tributos en la Constitución*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 25,26, y 27.

⁴ Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política del Estado de 1980.

⁵ Spisso, Rodolfo S., citando a Jarach en *Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, B. Aires, 1993, pp. 193-194. Autor citado por Espiñeira Evans, Eugenio, en *Los Tributos en la Constitución*, Editorial Jurídica de Chile, p. 27.

⁶ Massone F, Pedro, *Principios de Derecho Tributario*, Edeval, Valparaíso, 1975, p. 32-33.

permanentes el DFL N°2 (contrato ley) del año 1959, que establecía una serie de franquicias para las viviendas económicas de hasta 140 metros cuadrados construidos, a saber:

- a) Sin límite de número, y sin importar que el adquirente fuere una persona natural o jurídica, la adquisición de viviendas acogidas al DFL N° 2 con fines habitacionales, la rentabilidad que obtuvieran (rentas de arrendamiento) son ingresos no renta.
- b) La adquisición de DFL N° 2 nuevos con fines habitacionales respecto del primer adquirente sin límite de números, no se encuentran afectos a impuesto de herencia y donaciones.
- c) En materia de timbre y estampillas pagan la mitad del impuesto y en materia de honorarios para notarios y conservadores de bienes raíces pagaban la mitad de honorarios o arancel.
- d) En materia de impuesto territorial se pagaba dependiendo el metraje útil construido, contribuciones rebajadas por 20, 15 o 10 años desde la adquisición⁷.

Con la modificación legal se limitó el número de viviendas con fines habitacionales que se adquirieran sólo a personas naturales y hasta una cantidad de 2 viviendas acogidas al DFL N°2, se exceptuó para la contabilización del límite de viviendas aquellas que se reciban por causa de muerte (heredadas), y adicionalmente se eliminó la franquicia contemplada en el artículo 8° del DFL N° 2, sin saber por qué, del pago de la mitad de los honorarios a notarios y conservadores de sus aranceles, con lo cual el fisco no recauda más, que es lo que se quería con la modificación del DFL N°2, y se perjudica a la clase media toda vez que se le encarece la adquisición.

3. En cuanto a la discusión derivada de la modificación legal por la interpretación entregada por el SII a través de su circular N° 57, de fecha 22 de septiembre del año en curso, y que fuera complementada con la respuesta entregada el día 26 de octubre de 2010 a la consulta efectuada por la Cámara Chilena de la Construcción, se puede señalar lo siguiente:

⁷ De acuerdo con el DFL N° 2, "Las viviendas económicas estarán exentas de todo impuesto fiscal que grave la propiedad raíz, con excepción de aquéllos que correspondan a pagos de servicios, tales como pavimentación, alcantarillado, alumbrado y otros. La exención no regirán en la parte del impuesto territorial que corresponde a las Municipalidades. Esta exención regirá a contar de la fecha del certificado de recepción emitido por la Municipalidad correspondiente, o la Dirección de Arquitectura, en su caso, conforme a los siguientes plazos: a) por 20 años, cuando la superficie edificada, por unidad de vivienda, no exceda de 70 metros cuadrados; b) por 15 años, cuando esa superficie exceda de 70 metros y no pase de 100 metros cuadrados, y c) por 10 años, cuando ella sea superior a 100 metros cuadrados y no pase de 140 metros cuadrados".

3.1. La Ley N° 20.455 estableció las modificaciones al DFL N° 2 del año 1959, señalándose que a los beneficios para las viviendas económicas solamente podrán acogerse las personas naturales respecto de un máximo de 2 viviendas que adquieran nuevas o usadas, aplicándose la limitación para las personas naturales que adquieran la totalidad del derecho real de dominio sobre el inmueble o una cuota del dominio en conjunto con otros comuneros. Se agregó una obligación a los notarios y conservadores de bienes raíces de remitir al SII en la forma y plazo que se determine la información relativa a los actos y contratos que hubieren sido otorgados ante ellos, o se les presente para su inscripción requisito legal necesario para hacer uso de las franquicias y exenciones establecidas en el Decreto con Fuerza de Ley, no contemplado anteriormente y que introducirá una carga para el contribuyente beneficiario de las franquicias y exenciones de perseguir el envío de la información o investigar el cumplimiento de esta obligación toda vez que, sino, le arreará eventualmente la pérdida de los beneficios. Lo anterior, toda vez que se dice expresamente en la ley modificatoria que, "igual obligación tendrán los propietarios de las viviendas en defecto de lo anterior", es decir, si no lo hacen los notarios y conservadores tendrán que hacerlo los propietarios.

3.2. En cuanto a la entrada en vigencia de la nueva ley, en las disposiciones transitorias de la misma se señaló expresamente, artículo 5° transitorio que, las disposiciones de la presente ley (20.455) que modifican el DFL N° 2, comenzarán a regir luego de 3 meses contados desde su publicación, y no afectarán los beneficios y derechos que dicha norma otorga a los contribuyentes que a la señalada fecha sean propietarios de viviendas económicas. No obstante, se añadió que las disposiciones de la presente ley no se aplicarán a las adquisiciones de viviendas económicas que se efectúen en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere válidamente prometido con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, en un contrato celebrado por escritura pública o por un instrumento privado protocolizado y que, al momento de su suscripción se haya dado cumplimiento a lo previsto en el inciso primero del artículo 18 del DFL N° 2⁸.

Del mismo modo añade la ley, en su artículo 5° transitorio, que las disposiciones de la presente ley tampoco se aplicarán a las adquisiciones de las mismas viviendas, que se efectúen en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra celebrado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia

⁸ DFL N° 2, Artículo 18°.- Aprobado un permiso para edificación de "vivienda económica", dicho permiso será reducido a escritura pública que firmarán el Tesorero Comunal respectivo, en representación del Estado, y el interesado. Esta escritura tendrá el carácter de un contrato, en el cual se entenderán incorporadas de pleno derecho las franquicias, exenciones y beneficios del presente decreto con fuerza de ley, y, en consecuencia, la persona natural o jurídica acogida a sus disposiciones, así como sus sucesores o causa-habientes a cualquier título, gozarán en forma permanente de los privilegios indicados, no obstante cualquier modificación posterior que puedan sufrir parcial o totalmente las disposiciones referidas).

de la presente ley, siempre que dicho contrato se haya celebrado por escritura pública o por instrumento privado protocolizado.

Posteriormente, el artículo 6° transitorio refuerza la entrada en vigencia o la interpretación que deba dársele a la entrada en vigencia de las normas modificatorias del DFL N° 2 al señalar que las modificaciones al artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley ya transcrito más arriba se aplicarán respecto de los beneficios que puedan gozar los adquirentes de viviendas económicas por las viviendas que adquieran a contar de la fecha establecida en el artículo 5° transitorio, esto es todo lo ya transcrito en relación con dicho artículo.

3.3. Pues bien, el dilema entonces es saber cuándo entran en vigencias las modificaciones al DFL N°2 del año 1959, en relación con las distintas hipótesis establecidas allí, y cuyo análisis podemos resumir de la siguiente forma:

- a) Si no existiese el artículo 5° transitorio de la ley N° 20455, la regla general en materia de entrada en vigencia de las normas jurídicas, es que estas rigen todas las situaciones reguladas por la norma a partir de su publicación en el Diario oficial, esto es, a partir del 31 de julio de 2010 por aplicación del artículo 6°, 7° y 9° del Código Civil.
- b) No obstante lo anterior, existe una norma especial que regula la entrada en vigencia de las normas tributarias y, por ende, se hace excepción al Código Civil, es así como el artículo 3° del Código Tributario precisamente señala que, la ley que modifique una norma impositiva, establezca nuevos impuestos o suprima uno existente "en general" rige desde el día 1° del mes siguiente al de su publicación, con lo cual ya obviamente no entra a regir el día 31 de julio, y en su inciso segundo agrega que si la norma tributaria modifica la tasa de los impuestos anuales "o los elementos que sirven para determinar la base de ellos entrará en vigencia el día 1° de enero del año siguiente al de su publicación, y los impuestos que deban pagarse a contar de esa fecha quedarán afectos a la nueva ley". Es obvio que, en este caso concreto, la ley N° 20455 en su artículo 8° lo que hace es modificar elementos para determinar la base afecta a impuesto a la renta, y por ende, debiera entrar en vigencia a partir del 1° de enero del año siguiente a su publicación en el Diario Oficial⁹. No obstante lo anterior, es posible que la autoridad administrativa pudiera controvertir cuál inciso del artículo 3° del Código Tributario deba aplicarse, pero lo que no cabe duda que no es posible sostener es la no aplicación del artículo 3° del Código Tributario, toda vez que con ello se infringe el principio de legalidad constitucional-

⁹ Desde luego altera la base imponible respecto por ejemplo de las rentas de arrendamiento de DFL N° 2 que formen parte de activos de sociedades que antes de la entrada en vigencia de la ley modificatoria eran ingresos no renta y que con la modificación legal serán rentas afectas a primera categoría como cualquiera otra ganancia de capital.

mente recogido en nuestra Carta Fundamental al no dársele aplicación a una norma legal concurrente al efecto.

- c) Sin perjuicio de lo señalado en la letra anterior, y como bien señala el Código Tributario, lo dispuesto en el artículo 3° es “en general” y ello es así porque puede ser que la ley que modifica una norma tributaria traiga en sí misma una norma de entrada en vigencia diferente a la señalada por el artículo 3°, y ello es lo que ocurre a través de las disposiciones transitorias de la ley. Es así como en el artículo 5° transitorio refrendado por el 6° transitorio, se señala que la entrada en vigencia de las normas que modifican el DFL N° 2 del año 1959 entran en vigencia “luego de 3 meses contados desde la publicación de la ley”, es decir, 31 de octubre de 2010 y no 31 de julio de 2010 sin afectarse obviamente para no vulnerar los derechos adquiridos en virtud del contrato ley por los adquirentes respecto de las situaciones anteriores, con lo que no se hace más que repetir lo mismo que el propio DFL N° 2 establece en su texto original.

No obstante ello, hay dos situaciones particulares en que no regiría esta regla de entrada en vigencia, a saber: 1) Los contratos de promesa de compraventa y 2) Los arrendamientos con opción de compra, ambos que se hayan celebrado por escritura pública o instrumentos privados protocolizados (para darle fecha cierta a los instrumentos frente a las partes contratantes y a terceros), siempre y cuando se hayan celebrado con “anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”, y siempre que se haya cumplido el requisito del artículo 18 del DFL N° 2, esto es, que se haya reducido con anterioridad a escritura pública el permiso de construcción.

En consecuencia, respecto de las personas naturales o jurídicas que compren viviendas económicas acogidas al DFL N° 2 hasta antes del 31 de octubre de 2010, todas estas adquisiciones estarán cubiertas por la norma de entrada en vigencia diferida que estableció el artículo 5° transitorio de la ley N° 20.455 (luego de 3 meses desde la publicación), pero para el caso de las promesas y los arrendamientos con opción de compra ya no se refiere el artículo transitorio a este diferimiento o vacancia, sino que habla acerca de que en estos casos es a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, por lo que no cabría más que aplicar para esos casos el artículo 3° del Código Tributario, esto es, a partir del 1° de enero del año siguiente al de la publicación, en ningún caso podría sostenerse con fundamentos jurídicos sólidos, que a lo que se refiere el artículo 5° transitorio fuera a promesas o arrendamientos con opción de compra al 31 de julio de 2010, fecha de publicación de la ley, ya que no es posible aplicar las vigencias del Código Civil a normas impositivas que tiene reglas especiales.

4. No obstante todo el análisis anteriormente señalado, el SII, en su Circular 57, ha señalado en lo pertinente que las promesas celebradas en el tiempo

intermedio, entre el 31 de julio de 2010 y el 30 de octubre de 2010, deben encontrarse perfeccionadas al 31 de octubre de este año, cuestión que no señala la ley N° 20455, ya que la vigencia de la ley no es el 31 de julio de 2010 o su diferimiento al 31 de octubre, sino que debe operar, como hemos señalado, el artículo 3° del Código Tributario, y a nuestro juicio más precisamente el inciso segundo del artículo 3° al que ya se ha hecho referencia.

Adicionalmente señala que sí se ampara a las promesas y arrendamientos con opción de compra que se hayan celebrado con anterioridad al 31 de julio, fecha de publicación de la ley, no obstante que se ejecuten con posterioridad al 1° de noviembre, hipótesis que nadie esperaba que fuera interpretada por el SII, toda vez que no existe discusión alguna acerca de la procedencia de las franquicias respecto de esas situaciones, toda vez que no se había ni siquiera publicado la ley tributaria que modificaba el DFL N° 2.

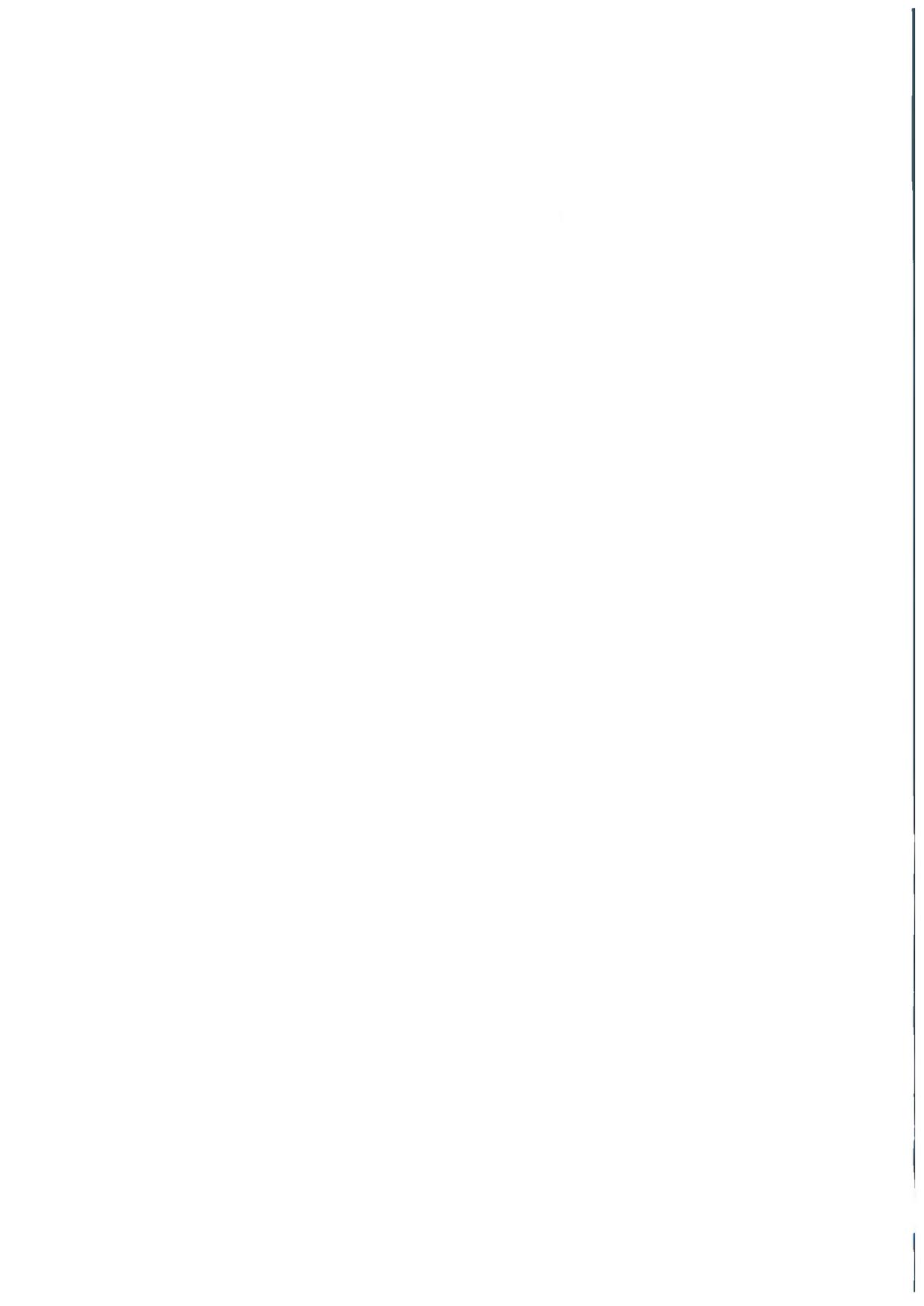
5. La Cámara Chilena de la Construcción presentó solicitud de reconsideración al SII respecto de la Circular 57 con el objeto de que se aclarara que las promesas de compraventa celebradas hasta antes del 31 de octubre de 2010 se encontraban amparadas por el DFL N° 2 sin ser afectadas por las modificaciones legales.

6. Por su parte, el SII, mediante ordinario N° 1945 de fecha 26 de octubre de 2010, señaló que el sentido y alcance de la entrada en vigencia de las modificaciones al DFL N° 2 de 1959, establecidas en el artículo 8°, son claros y por ende basta con aplicar el tenor literal de la norma en conformidad con las normas de interpretación generales del derecho común¹⁰, y el artículo señala que deben haberse válidamente celebrado las promesas con anterioridad a la vigencia de la presente ley. Reiterando el SII que la entrada en vigencia de la ley en este caso se refiere a la fecha de su publicación en el diario oficial, esto es, 31 de julio.

Finalmente, en su parte resolutive, la resolución del SII establece textualmente "la expresión presente ley empleada por el artículo 5° transitorio alude a la ley 20455 que rige desde la fecha de su publicación y no a la fecha de entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la ley 20455 al DFL N° 2". De acuerdo con lo anterior cabe preguntarse y preguntarle al SII ¿por qué en su análisis no incluye la aplicación del artículo 3° del Código Tributario y entiende en su interpretación o aplicación de hermenéutica legal que "presente ley" es a partir de la publicación de la ley N° 20455 como entrada en vigencia? Es precisamente aquí en donde se ratifica la infracción al principio de legalidad cuya primera incursión fue mediante la dictación de la Circular N° 57.

¹⁰ Artículos 19 al 24 del Código Civil.

7. Es indudable que no solo quedan cubiertos los contratos de promesa celebrados antes del 31 de julio de 2010, fecha erradamente interpretada como de entrada en vigencia de la ley tributaria N° 20455, y por ende tampoco es acertado el alcance y contenido que se le da a las promesa celebradas en tiempo intermedio entre el 31 de julio de 2010 y el 30 de octubre del mismo año en que exige que se hayan ejecutado, materializado y trasferido el dominio jurídicamente al promitente comprador antes de la fecha del 30 de octubre, sino que todas aquellas que se celebraren, respetando la entrada en vigencia que el artículo 3° del Código tributario establece, es decir hasta el 31 de diciembre del 2010.



El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas

María Fernanda Juppet Ewing

Decana

Facultad de Derecho UNIACC

Magister en Derecho de la Empresa

Universidad del Desarrollo

Master Mades en Entidades de Economía Social

Universidad de Valencia

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad realizar una aproximación a las obligaciones asumidas por el gerente general de una sociedad anónima, desde el momento de la constitución de su mandato hasta su término. Y, en especial, a los actos que pudieran hacerlo incurrir en responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones que su mandato y las leyes le imponen.

Es importante recalcar que al estudiar la temática referente a la responsabilidad de los directores en el ejercicio de su cargo orientador en el quehacer de las sociedades anónimas, tanto abiertas como cerradas, existen múltiples fuentes a ser consultadas, pero no se da la misma situación en el caso de los gerentes generales de dichas organizaciones, quienes en definitiva se erigen como el brazo ejecutor de la empresa en el día a día.

Debemos entender que, si bien la mayor parte de los estudios de la doctrina se han centrado sobre los directores, entendiendo por incorporados a los gerentes dentro de dichos estudios, como consecuencia de la generalización que realiza la normativa al sancionar a "directores y ejecutivos principales", por una serie de conductas que describe, haciendo análogas las situaciones de los miembros del directorio y del brazo operativo de la empresa.

El gerente general, como factor de comercio, ingresa en la segunda categoría, en el lugar del mayor gestor en el día a día de las actividades de dichas entidades, designándosele el rol de líder indiscutido de la organización empresarial. Afirmación con la cual, en principio, podríamos concordar, entendiendo que en el ejercicio de la conducción general de la compañía los afectan, legalmente, las mismas responsabilidades que a los directores, en ilícitos corporativos tales como el abuso de información privilegiada, manipulación de precios de mercado, operaciones entre partes relacionadas, deber de lealtad respecto de los intereses de la compañía, etc.

Sin embargo, en el ejercicio diario de su cargo, desde aquel momento desde el cual inicia su responsabilidad, hasta aquel en el cual termina, se aplican, asimismo, las normas generales del derecho laboral, tanto en cuanto lo une a la empresa un contrato de trabajo, y, en todo lo no estipulado por éste, se aplicarán las normas especiales que regulan al factor de comercio y las generales del mandato comercial, entendiendo que el gerente general de una empresa, corresponde por excelencia a la figura factor de comercio.

Pero respecto del ejercicio mismo de su cargo, y la delicada relación existente entre la gerencia general de una sociedad anónima abierta, y su directorio, poco se ha indicado por la doctrina nacional. En contraposición a lo ocurrido en derecho comparado, donde se han comenzado a sentar las bases de separación entre las responsabilidades de ambos cargos, especialmente siguiendo a la jurisprudencia norteamericana, comprendiendo el vínculo de subordinación y dependencia al que se encuentra sujeto el gerente general respecto del directorio de la empresa, generando una asimetría de poderes que altera en forma sustancial sus relaciones organizacionales.

Es del interés del presente artículo el tratar someramente dichas materias, intentando sistematizar, al menos en forma rudimentaria, la interacción de la normativa de sociedades anónimas, para sistematizar, al menos en una visión preliminar, las reglas antes enunciadas, especialmente en lo que se refiere a la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y su Reglamento, en su interacción entre sí, en una visión sistémica de la responsabilidad a la que se encuentra afecta la figura del gerente general en materia societaria.

Nombramiento del gerente general

El nombramiento del gerente general, en Chile, se realiza de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 inciso tercero de la Ley de Sociedades Anónimas, por el directorio, quien tiene la potestad absoluta de nombrar a uno o más gerentes y establecer sus atribuciones y obligaciones. Asimismo, la potestad de revocar dichos nombramientos se mantiene por el organismo colegiado, pudiendo hacer uso de esta facultad en cualquier momento, a su mero arbitrio y sin expresión de causa, con la sola pérdida de confianza en el gerente general¹.

Respecto de los términos y condiciones de dicha encomienda, deberemos aplicar plenamente las normas establecidas en el Código de Comercio en lo referente al mandato comercial, dado que a este contrato comercial corresponderá, indiscutiblemente, la naturaleza del encargo entregado por el directorio al gerente general.

¹ Artículo 49 LSA: "Las sociedades anónimas tendrán uno o más gerentes designados por el directorio, el que les fijará atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlos a su arbitrio".

En efecto, resulta posible indicar que los términos del mandato serán identificados al momento de dicho nombramiento, instante en el cual se determinarán claramente él o los negocios encomendados en la gestación de dicho mandato comercial.

De tal manera, el gerente de una sociedad anónima será nombrado por el directorio de la sociedad, en sesión de directorio, legalmente constituida, sesión que deberá ser reducida a escritura pública, no por mandato legal, sino para dotar de certeza jurídica las potestades delegadas en el gerente.

Lo anterior no obsta a que el directorio pueda a su vez delegar parte de sus funciones en su Presidente o en algún vicepresidente ejecutivo que lo integre, en el entendido que las encomiendas entregadas a dichos directivos nunca podrán ser análogas a una gerencia en las sociedades anónimas por expresa prohibición legal, o incluso en otros gerentes anexos, con facultades especialmente determinadas por dicha delegación.

Es necesario recordar que es la Ley N° 18.046 quien determina las potestades absolutas del directorio, pero al ser las atribuciones del gerente general una mera delegación de atribuciones, dicha delegación deberá ser reducida a escritura pública a fin de dar fe a terceros y subinscrita en el Registro de Comercio, y hacer oponible a su respecto las atribuciones y potestades en dicho instrumento reconocidas².

Además, a fin de cumplir con las condiciones de publicidad para dicho mandato, se requiere inscribir un extracto de dicho poder en el Registro de Comercio en los términos del artículo 22 del Código de Comercio, e inscribir en el registro público de la sociedad los nombres, apellidos, nacionalidad, cédula de identidad, profesión, domicilios y fechas de inicio y término de funciones del gerente y de la o las personas que en su ausencia representen válidamente a la sociedad en todas las notificaciones que se le practiquen³.

² "Artículo 339 del Código de Comercio: Los factores deben ser investidos de un poder especial otorgado por el propietario del establecimiento cuya administración se les encomiende.

El poder será registrado y publicado en la forma prescrita en el párrafo 1, Título II, Libro I."

³ Artículo 106, reglamento de sociedades anónimas, DS N° 587, en relación a su artículo 42.

Artículo 106, DS N° 587: "En el registro público indicativo a que se refiere el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, deberán consignarse a lo menos los nombres y apellidos, nacionalidad, cédula de identidad, profesión, domicilios y fechas de iniciación y término de funciones de los presidentes, directores, gerentes o liquidadores de la sociedad. Iguales indicaciones deberán hacerse respecto de la o las personas que en ausencia del gerente representen válidamente a la sociedad en todas las notificaciones que se le practiquen."

Artículo 42, DS N° 587 indica que "El directorio está obligado a designar a una o más personas que individualmente en ausencia del gerente, la que no será necesario acreditar por el interesado, pueda representar válidamente a la sociedad en todas las notificaciones que se le practiquen.

El directorio y la sociedad serán responsables de que existan personas designadas para los efectos del inciso precedente, de que su nombramiento esté vigente y de que se encuentren inscritos en el registro que debe llevarse en conformidad al artículo 106 de este Reglamento.

Artículo 135 Ley de Sociedades Anónimas: "Cada sociedad deberá llevar un registro público indicativo de sus presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales o liquidadores, con especificación de las

Con todo, es dable recalcar que la naturaleza jurídica del mandato en virtud del cual el gerente general realiza su encargo, no es, en caso alguno, el mandato comercial puro y simple, sino que, en estricto rigor, corresponde a un mandato delegado con características especiales, ya que esta delegación es autorizada expresamente por la ley, e incluso, para parte de la doctrina, su realización por parte del directorio es obligatoria.

De tal manera que será la ley quien instruya al directorio para constituir tal mandato, al enumerar las potestades y funciones del directorio, dado que si bien le entrega la representación judicial y extrajudicial de la sociedad anónima, las labores administrativas que debe realizar, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, se limitan al establecimiento de políticas comerciales para la empresa, y no a la administración en el sentido que le dan a tal concepto las ciencias empresariales, que la definen como: "el proceso de diseñar y mantener ambientes en los que individuos, que colaboran en grupos, cumplan eficientemente objetivos seleccionados"⁴. Definición que sitúa en mayor medida las funciones del gerente general de la empresa, antes que la potestad decisoria del directorio, manteniéndose en este último las potestades directivas, fiscalizadoras y correctivas sobre el o los gerentes.

En principio, debemos considerar que el gerente en nuestra legislación es considerado un factor de comercio, en aplicación de la definición realizada por el artículo 237 inciso primero del Código de Comercio, al señalar que "*Factor* es el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, **que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante**".

Esta norma, plenamente aplicable para los gerentes de las sociedades reguladas más allá del Código de Comercio, viene sólo a entregarnos una definición aparente respecto de las funciones del gerente general en una sociedad anónima, asimilándolo a las normas del mandato comercial, asumiendo las labores de administración de la persona jurídica por cuenta de su mandante, pero lo anterior no es efectivo en el caso de las sociedades anónimas, dado que el mandante siempre será por la normativa aplicable el directorio, y las consecuencias de las decisiones comerciales implementadas por el gerente se radicarán en la sociedad, por su cuenta y riesgo.

fechas de iniciación y término de sus funciones. Las designaciones y anotaciones que consten en dicho registro harán plena fe en contra de la sociedad, sea a favor de accionistas o de terceros.

Los directores, gerentes y liquidadores, en su caso, serán solidariamente responsables de los perjuicios que causaren a accionistas y a terceros con ocasión de la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro a que se refiere este artículo. Lo anterior es sin perjuicio de las sanciones administrativas que pueda aplicar la Superintendencia a las sociedades anónimas abiertas".

⁴ Juppert Ewing, María Fernanda. *Principios de Administración*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, septiembre de 2010, p. 75.

Relación del gerente general con el directorio

En efecto, aun cuando los gerentes sean considerados por el Código de Comercio como factores de comercio, debemos comprender que los gerentes generales de las sociedades anónimas presentan características propias, en virtud de las consecuencias de los actos ejecutados por el mandatario, las que no se radican en el mandante, sino en la sociedad a que el mandante representa, es decir, podríamos señalar que este sería una especie de contrato de mandato comercial, pero que lo definen características propias, que se encuentran dispersas en la ley.

Es dable colegir esta situación, tras la lectura del artículo 40 inciso primero (LSA), el cual nos indica que es el directorio el organismo que ostenta la totalidad de las facultades de administración correspondientes a este tipo societario, con la sola limitación de aquellas que los estatutos o la ley hayan reservado expresamente a la junta de accionistas⁵.

Con todo, si bien será el directorio quien se encuentre investido legalmente de los poderes necesarios para administrar la sociedad, debe delegar parte de dicho mandato en uno o más gerentes, nombrados por él, cuyas atribuciones le son delegadas en forma especial y expresa, por el directorio, constituido en sesión ordinaria o extraordinaria, al momento de encomendarle uno o más negocios, limitando o ampliando los términos del mandato a aquellos contenidos en el momento de la delegación de funciones, como lo ordenan los artículos 40 inciso 2^o⁶⁻⁷, y 49 inciso 1^o de la LSA.

Es más, de la mera lectura del artículo 49 inciso 1^o de la Ley N° 18.046, es posible colegir las características que determinan esta relación contractual, cuando indica que: "Las sociedades anónimas tendrán uno o más gerentes designados por el directorio, el que les fijará sus atribuciones y deberes, pudiendo substituirlos a su arbitrio".

⁵ "Artículo 40 LSA: El directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente y para el cumplimiento del objeto social, lo que no será necesario acreditar a terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la junta de accionistas, sin que sea necesario otorgarle poder especial alguno, inclusive para aquellos actos o contratos respecto de los cuales las leyes exijan esta circunstancia. Lo anterior no obsta a la representación que compete al gerente, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la presente ley".

⁶ "Artículo 40 inciso 2° LSA: El directorio podrá delegar parte de sus facultades en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de una sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas."

⁷ Este artículo fue modificado por la Ley N° 20.382, sólo incorporando a los "ejecutivos principales" dentro de la enumeración, manteniendo intacta la norma de la Ley 18.046 en lo relativo a la delegación de funciones en los gerentes de la sociedad.

El directorio tiene la obligación de nombrar uno o más gerentes

Del tenor del artículo, y siguiendo en este punto al profesor Puga, es posible argumentar que el nombramiento de uno o más gerentes no constituye una facultad del directorio, sino que una obligación, cuando sostiene que: "En vista de lo prescrito principalmente en el artículo 49 de la LSA el directorio de una sociedad anónima está obligado a designar al menos a un gerente, entendiendo por tal a una persona a cargo de la administración inmediata de la sociedad en su giro ordinario. A este gerente se lo denomina gerente general"⁸.

De esta forma, al proceder a la designación de uno o más gerentes, el directorio sólo se encuentra cumpliendo con una de las obligaciones que le impone la ley para el debido ejercicio de su cargo, y no ejerciendo una facultad potestativa, como pudiera parecer en un primer momento.

Es así como se profundizan las características de este mandato comercial especial en cuanto a su otorgamiento, dado que en definitiva no sólo la autorización para su delegación es entregada por la ley al directorio, sino que es esta ley la cual dispone la obligatoriedad de realizar dicha delegación, tomando la forma de un mandato para constituir mandato, o, simplemente, un mandato para delegar.

Debiendo asimismo incorporar en el registro indicativo regulado por el artículo 135 de la LSA, en los mismos términos exigidos por el artículo 22 del Código de Comercio, es decir, incorporando sus nombres, apellidos, nacionalidad, cedula de identidad, profesión, domicilios, y fechas de iniciación y término de funciones del gerente, de tal manera que sea posible para accionistas y terceros relacionados con la sociedad determinar quién ostenta la personería de la misma⁹.

⁸ Puelma Accorsi, Álvaro; *Sociedades: Tomo II: Sociedad Anónima*. Tercera edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 641.

⁹ Artículo 42, Reglamento de Sociedades Anónimas, DS N° 587: El directorio está obligado a designar a una o más personas que individualmente en ausencia del gerente, la que no será necesario acreditar por el interesado, pueda representar válidamente a la sociedad en todas las notificaciones que se le practiquen.

El directorio y la sociedad serán responsables de que existan personas designadas para los efectos del inciso precedente, de que su nombramiento esté vigente y de que se encuentren inscritos en el registro que debe llevarse en conformidad al artículo 106 de este reglamento".

"Artículo 135, Ley de Sociedades Anónimas: Cada sociedad deberá llevar un registro público indicativo de sus presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales o liquidadores, con especificación de las fechas de iniciación y término de sus funciones. Las designaciones y anotaciones que consten en dicho registro harán plena fe en contra de la sociedad, sea a favor de accionistas o de terceros.

Los directores, gerentes y liquidadores, en su caso, serán solidariamente responsables de los perjuicios que causaren a accionistas y terceros con ocasión de la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro a que se refiere este artículo. Lo anterior es sin perjuicio de las sanciones administrativas que pueda aplicar la Superintendencia a las sociedades anónimas abiertas".

"Artículo 106, Reglamento de Sociedades Anónimas, DS N° 587: "En el Registro público indicativo a que se refiere el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas deberán consignarse a lo menos los nombres y apellidos, nacionalidad, cédula de identidad, profesión, domicilios y fechas de iniciación y término de sus funciones de los presidentes, directores, gerentes o liquidadores de la sociedad. Iguales

Es más, el regulador ha otorgado tanta importancia a la información de terceros a este respecto, que incluso ordena la inscripción de idénticos antecedentes, respecto de quien haga las veces del gerente en caso de ausencia, aun cuando esta nueva dicha delegación sea eminentemente transitoria.

El gerente sólo tendrá las atribuciones que el directorio determine, por lo tanto, su naturaleza jurídica corresponde a un mandato comercial especial, o a una delegación parcial de mandato comercial

Una vez que el directorio ha procedido al nombramiento del gerente general, individualizando especialmente sus atribuciones, dichas funciones deberán constar en un extracto que deberá ser inscrito en el Registro de Comercio, a fin de hacer público respecto de terceros tanto la existencia como los términos de dicho mandato, en los términos de los artículos 22 y 339 del Código de Comercio¹⁰.

En efecto, bajo la circunstancia de que se ponga término a dicho mandato, será responsabilidad del mandante cancelar dicha inscripción de delegación de funciones, a fin de hacer público ante terceros interesados respecto de la finalización del encargo o de la relación de confianza establecida entre el mandante y mandatario, o de la delegación de mandato, dependiendo de la visión que se siga en este punto.

Respecto del gerente general de una sociedad anónima, corresponderá al directorio tanto ordenar la inscripción del poder especial otorgado al gerente de la sociedad, como el ordenar la cancelación de dicha inscripción, tanto en el Registro de Comercio como en el registro especial ordenado por el artículo 135 de la LSA, antes descrito, siendo responsable ante terceros y accionistas por los perjuicios que ocasione el no ordenar la cancelación de dicha inscripción.

Por el contrario, si entendiéramos que la obligación de cancelación de las inscripciones recae sobre el gerente general, sería permitir que los directores de la sociedad se aprovecharan de su propio dolo, asimilando la culpa grave a dicho concepto, al ser la misma ley quien le otorga las facultades de administración, la obligación de delegar funciones en uno o más gerentes, y la obligación de acotar dicho mandato, delimitando sus consecuencias.

En tal sentido, al ser dicho organismo llamado tanto al nombramiento del gerente, como quien detenta la potestad de remoción del mismo, la mantención de un gerente que no cumpla adecuadamente con sus funciones, en abierto incumplimiento de su obligación de administración y cautela del bienestar social,

indicaciones deberán hacerse respecto de la o las personas que en ausencia del gerente representen a la sociedad en todas las notificaciones que se le practiquen”.

¹⁰ Artículo 22 del Código de Comercio: “En el registro del comercio se tomará razón en extracto y por orden de números y fechas de los siguientes documentos: ...5° De los poderes que los comerciantes otorgaren a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios”.

haría incurrir a los directores en responsabilidad solidaria a favor de la sociedad anónima o terceros, por los perjuicios que dicha negligencia ocasionare.

Además, resulta de plano entendimiento que si el directorio debe realizar el nombramiento del o los gerentes, determinando incluso sus facultades y los términos de su mandato, será el mismo directorio quien deba cumplir con las formalidades necesarias para poner término a dicha encomienda, como asimismo aquella que implica el cautelar la buena fe de terceros por medio de la formalidad por vía de publicidad que deriva de la cancelación de las inscripciones previamente realizadas.

El gerente se encuentra en un estado de subordinación y dependencia respecto del directorio

Como se ha indicado con anterioridad, el gerente general de la sociedad se encuentra unido a ésta por un doble vínculo. Por una parte, por el mandato especial al cual nos hemos referido con anterioridad, que regula su capacidad de representación de la organización ante terceros. Y, por otra, por un contrato de trabajo, que Puelma describe señalando que: "La naturaleza de los vínculos jurídicos entre la sociedad y el gerente están determinados por lo que se haya estipulado entre la sociedad y dicho gerente. Dicho pacto es generalmente en un contrato de trabajo o de prestación de servicios"¹¹.

En su opinión, en subsidio se aplicarían las reglas de los factores de comercio, hecho que en concepto del profesor De Solminiac también nos conduce al terreno del contrato de trabajo al señalar que: "Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, el factor es un empleado de jerarquía dentro de los recursos humanos del empresario individual de comercio o del comerciante"¹².

Con todo, Puelma reconoce la existencia de este vínculo de subordinación y dependencia del gerente al enumerar dentro de sus obligaciones: "b) La obligación principal del gerente que emana de su cargo es la administración inmediata de los negocios del giro de la sociedad, siguiendo las directrices que le dé el directorio, debiendo emplear el celo y diligencia que emplean normalmente los hombres en sus propios negocios..."¹³.

Por lo tanto, las limitaciones a la actuación del gerente en sus negocios particulares debiera encontrarse necesariamente contenida en el mandato delegado, o en su defecto en el contenido de su contrato de trabajo; conocidas son las

¹¹ Puelma Accorsi, Álvaro; *Sociedades: Tomo II: Sociedad Anónima*. Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 643.

¹² De Solminiac Iturria, Jaime; *Compendio de Derecho Comercial*, Sociedad Editorial Metropolitana, Tomo 1, Volumen 1, año 1996, p. 241.

¹³ Puelma Accorsi, Álvaro; *Sociedades: Tomo II: Sociedad Anónima*. Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 642.

cláusulas de estilo que impiden a los gerentes y ejecutivos principales de las sociedades de capitales dedicarse, por sí o por cuenta de terceros, al desarrollo de negocios equivalentes a los representados en la sociedad contratante, al menos hasta cierto plazo prudencial tras el cese en sus funciones directivas.

De tal manera, al determinar que la relación contractual existente entre el gerente de una sociedad y la misma corresponde a un contrato de trabajo, materializado por la delegación de funciones realizada por el directorio en sesión, deberemos encontrar las limitaciones a las funciones del gerente en dos fuentes principales: en primer lugar, el mandato contenido en escritura pública realizado durante una sesión de directorio y acuerdos complementarios, y, en segundo lugar, el contrato de trabajo firmado por dicho gerente general en el plazo de 30 días desde su incorporación a la compañía, o en su defecto en las estipulaciones que éste indique en aplicación de la normativa laboral vigente.

En consecuencia de lo anterior, el directorio ostenta facultades fiscalizadoras y correctivas respecto de las actividades que el gerente desarrolle en el ejercicio de sus funciones

En efecto, resulta lógico plantear que el gerente, al participar en las sesiones de directorio, para informar cuenta de las actuaciones que ha realizado conforme a sus instrucciones, como asimismo recibir nuevas directrices respecto de las actividades que deberá realizar en el futuro.

Siguiendo este razonamiento, será la oportunidad en la que el directorio podrá exigir cuentas periódicas respecto de la forma de ejecución del mandato, ordenar modificaciones o correcciones en sus lineamientos, como asimismo, rectificar o enmendar aquellas operaciones que haya realizado el gerente, o que se encuentre en proceso de ejecución, de acuerdo a su visión mayoritaria, ejerciendo un control ex ante de las actuaciones del gerente, y, en virtud de sus potestades de administración, modificando la realización de los negocios de la sociedad.

Con todo, como el nombramiento del o los gerentes recae en el directorio, también lo hará su remoción. En tal sentido, el directorio podrá, de no estar de acuerdo con la ejecución del encargo realizado por el gerente, removerlo en cualquier momento, previo acuerdo de su mayoría. Momento en que deberá proceder al nombramiento de un nuevo gerente, y, en caso contrario, asumirá las obligaciones del gerente en forma momentánea, debido a que las facultades ostentadas por el gerente obedecen a una mera delegación de funciones del directorio, por tanto, al no existir dicha delegación, deberá asumirlas, siendo responsables solidariamente sus directores por los perjuicios que generen a la sociedad y a sus accionistas al no asumir cumplir con dicho mandato legal. Resulta de suyo relevante indicar que dicha asunción del quehacer diario

de las funciones del o los gerentes, es esencialmente momentánea, dada la restricción legal para que los directores de una sociedad anónima hagan las veces de gerentes en dichas empresas. De tal manera, que esta potencial situación de vacío operacional deberá ser subsanada en un plazo brevísimo, so pena de hacer incurrir al directorio en responsabilidad civil solidaria por dicho incumplimiento.

El directorio tiene la obligación de supervisar las actividades del gerente general

Como nos indican las normas generales del mandato, las obligaciones del mandante no cesan por el sólo nombramiento de su delegado y el establecimiento de sus atribuciones y facultades. Sino debe supervisar diligente y oportunamente la forma y condiciones mediante las cuales su mandatario ha dado estricto cumplimiento a las gestiones encomendadas por éste al alero de dicho contrato de mandato.

En tal sentido, existen una serie de normas tendientes a facilitar este deber cautelar del directorio respecto del gerente general, quien debe regularmente dar cuenta de la ejecución de su mandato a su sola petición.

La doctrina estadounidense ha avanzado en este sentido al estatuir que los directores están llamados a supervigilar las actividades de la gerencia general y de los ejecutivos principales de las empresas, no de manera facultativa, sino que obligatoria, en palabras de Ramseyer: "No se espera que los directores deban conocer, en detalle permanente, todo lo que ocurre día a día en la empresa. Pero al menos deben tener un entendimiento básico de los negocios de la compañía, cómo funciona, estar informado de las actividades de la empresa, comprometerse en un monitoreo general de los asuntos corporativos, asistir regularmente a las sesiones de directorio, y supervisar sus estados contables. Más allá de estas obligaciones, debemos preguntarnos si es que las mesas de directores deben adoptar normas internas y procedimientos para asegurar que los ejecutivos principales y otros empleados no se comprometan en actividades ilegales, y hacer esfuerzos razonables para monitorear el cumplimiento de dicha normativa interna¹⁴.

Por tanto, las obligaciones del directorio no se limitan como es el común entendi-

¹⁴ "Directors are not expected to know, in minute detail, everything that happens on a day-to-day basis. At the very least, however, a director must have a rudimentary understanding of the firm's business and how it works, keep informed about the firm's activities, engage in a general monitoring of corporate affairs, attend board meetings regularly, and routinely review financial statements. Beyond these obligations, however, the question remained as to whether boards must adopt rules and procedures to ensure that corporate officers and other employees do not engage in illegal or unlawful conduct, and must make reasonable efforts to monitor compliance with those rules procedures"

Klein, W; Ramseyer, J. Mark; Bainbridge, S.; *Business Associations*, Foundation Press, Seventh edition, Thomson Reuters, 2009, p. 395.

miento nacional, a la participación de las sesiones de directorio, y en las grandes decisiones de la empresa, sino que se incorpora al quehacer de los directores una obligación de cautela de las actuaciones del gerente general, un deber de cuidado más profundo que la aprobación anual del estado de resultados de la compañía, exteriorizado a través de la rúbrica del director manifestando su aprobación en el balance general, implicando entonces la adopción de acuerdos de Directorio, que, en su calidad de normativa interna, producto de la autorregulación de la empresa, mediante la puesta en marcha de sus potestades de dirección, encuadren las actuaciones de sus empleados en un marco de legalidad, limitando la responsabilidad de la empresa ante terceros en caso de la comisión de un ilícito por medio de dicho agente, incluso en beneficio de la compañía.

Renuncia del gerente general

Con todo, cualquiera de las partes del contrato de mandato comercial podrá poner término a dicho contrato, por medio de un aviso al otro en un plazo prudente, no requiriéndose formalidades especiales para la notificación del término de dicho mandato¹⁵.

Es decir, el gerente general podrá poner término unilateralmente al contrato que lo une con la sociedad mediante la notificación al presidente del directorio de su intención de finalizar la relación de trabajo existente entre ellos.

Una vez que el gerente general renuncia de su cargo, el nombramiento de un reemplazante será directa responsabilidad del directorio, pudiendo nombrar uno o más gerentes en su reemplazo. Nombramiento que deberá ocurrir en el más breve plazo posible.

No será excusa para una sociedad el no contar con directores titulares que realicen dicha delegación de funciones, en caso de contar con directores suplentes que puedan realizar dicha nominación, en los términos del artículo 32 LSA.

De tal manera, al encontrarse expuestos a un vacío de poder ante la situación de no contar con directores titulares, ni suplentes, que realicen este nombramiento, deberá convocarse a junta extraordinaria de accionistas para reemplazar en primer término a los directores de la sociedad, para que éstos, a su vez, designen al o los nuevos gerentes de la empresa¹⁶.

¹⁵ De Solminiac Iturria, Jaime; *Compendio de Derecho Comercial*, Sociedad Editorial Metropolitana, Tomo 1, Volumen 1, año 1996, p. 240.

¹⁶ Artículo 32, Ley 18.046: "Los estatutos podrán establecer la existencia de directores suplentes, cuyo número deberá ser igual al de los titulares. En este caso cada director tendrá su suplente, que podrá reemplazarle en forma definitiva en caso de vacancia y en forma transitoria en caso de ausencia o impedimento temporal de éste.

Los directores suplentes siempre podrán participar en las reuniones del directorio con derecho a

Prohibición del gerente general para la realización de ciertos actos o contratos.

Dentro de los actos o contratos que le están vedados de realización al gerente general de una sociedad anónima, en su actividad personal, representando intereses diversos de los sociales, sea por interés propio o de terceros, le resultan aplicables las mismas normas de responsabilidad que la LSA establece para sus directores, por expreso mandato del artículo 50 de dicho cuerpo legal, el cual establece, en su artículo 50, que: "A los gerentes, a las personas que hagan sus veces y a los ejecutivos principales les serán aplicables las disposiciones de esta ley referentes a los directores en lo que sean compatibles con las responsabilidades propias del cargo o función, y en especial, las contempladas en los artículos 35, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 45 y 46, según el caso".

Dentro de las cuales, respecto de los gerentes, existen dos que destacan, por tratarse de situaciones contrarias a la ética en el ejercicio de su encargo de administración operativa de la compañía. En primer lugar, la realización de actos o contratos con partes relacionadas (artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas). Y, en segundo lugar, la realización de actos o contratos que impliquen la obtención indebida de un beneficio económico por parte de la realización de un negocio social, sea directamente o a través de otra persona natural o jurídica, irrogando perjuicio a la sociedad.

La realización de operaciones entre partes relacionadas¹⁷

A fin de asegurar que los directores y ejecutivos principales no extraigan valor de la empresa en la cual se desempeñan, la LSA, regula las operaciones que se desarrollen entre la sociedad anónima administrada por dichos ejecutivos principales y personas naturales o jurídicas, en las cuales el director o gerente tenga interés directo o a través de personas relacionadas con él, al determinar, en su artículo 44, inciso primero, que: "Una sociedad anónima sólo podrá celebrar

voz y sólo tendrán derecho a voto cuando falten sus titulares.

A los directores suplentes les serán aplicables las normas establecidas para los titulares salvo excepción expresa en contrario o que de ellas mismas aparezca que no les son aplicables.

Si se produjere la vacancia de un director titular y la de su suplente, en su caso, deberá procederse a la renovación total del directorio en la próxima junta ordinaria de accionistas que deba celebrar la sociedad y en el intertanto, el directorio podrá nombrar un reemplazante...".

¹⁷ ARTICULO 44. Una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los acuerdos que al respecto adopte el directorio serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación.

Se presume de derecho que existe interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital.

actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los acuerdos que al respecto adopte el directorio serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación”.

Ante todo, resulta interesante recalcar que el legislador ha exigido, para que la norma resulte aplicable, la existencia de un interés entre el director o gerente afectado por el mismo, y la persona natural o jurídica con quien se pretende contratar, distinguiendo entre dos casos en los cuales se entiende que un director o gerente de una sociedad presenta interés. 1) Se presume de derecho que existe interés; 2) otros casos en los cuales puede existir interés.

El legislador presume de derecho que existe un interés comprometido para el director, en los términos del inciso segundo del artículo en comento, no sólo en la suscripción del acto o contrato, sino que en "toda negociación, acto, contrato u operación", que se encuentre viciada por la interferencia propia, de su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital, es decir, en aquellas empresas en que se lo pueda calificar como accionista controlador de la misma.

Pero existen también otros casos, que no se enumeraban dentro del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, en comento, pero en los cuales es posible la existencia de interés, en palabras del profesor Francisco Pfeffer: “Pero puede ocurrir que el director sea titular de un “interés” distinto de aquel cuya existencia se presume de derecho. Este interés puede derivar de las relaciones que directa o indirectamente tenga el director con la administración de las personas o sociedades que serán su contraparte de la operación o con los propietarios, administradores o controladores de esta última sociedad”¹⁸. En este último caso, continúa el profesor Pfeffer, el director o gerente que no presente voluntariamente a revisión por parte del directorio la operación en

No se entenderá que actúan como representantes de otra persona los directores de las sociedades filiales designadas por la matriz, ni aquellos que representen al Estado, a los organismos de administración autónoma, empresas fiscales, semifiscales o de administración autónoma que, conforme a la ley, deben tener representantes en la administración de la sociedad o ser accionistas mayoritarios de ésta.

La infracción a este artículo no afectará la validez de la operación, pero además de las sanciones administrativas en su caso y penales que correspondan, otorgará a la sociedad, a los accionistas o a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados y pedir el reembolso a la sociedad, por el director interesado, de una suma equivalente a los beneficios que a él, a sus parientes o sus representados les hubieren reportado dichas negociaciones.

¹⁸ Pfeffer Urquiaga, Francisco; “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas”; *Revista Actualidad Jurídica*, número 12, julio de 2005, ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2005, p. 149.

la que tenga interés, será responsable de la triple responsabilidad que dicho artículo consigna.

Con todo, las operaciones entre partes relacionadas no se encuentran prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, es más, el artículo en comento establece un procedimiento a realizar por el director o gerente interesado en la realización de la operación, de tal manera de garantizar dos puntos. En primer lugar, que la oferta realizada por la persona relacionada es competitiva respecto de las ofertas de mercado en la operación a contratar. Y, en segundo lugar, que exista una debida publicidad respecto de los actos o contratos realizados con personas relacionadas, asegurando que dichas operaciones sean informadas al directorio por el director o gerente con interés, aprobadas por la mayoría del directorio e informadas en la siguiente junta de accionistas.

En caso de incumplimiento de la siguiente norma, resultará aplicable la triple responsabilidad utilizada por el legislador para las infracciones a la Ley de Sociedades Anónimas: Infracional, ejercida por la Superintendencia de Valores y Seguros (sólo respecto de las sociedades anónimas abiertas, y de las sociedades anónimas cerradas inscritas en el registro voluntario de la Superintendencia). Penal, en caso de que corresponda, por medio de denuncia ante el Ministerio Público. Y civil, mediante el ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios en los casos que corresponda, debiendo en cualquier caso restituir a la sociedad perjudicada los beneficios que de dicha operación se hayan obtenido ilícitamente.

La realización directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social irrogando perjuicio a la sociedad.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, "se presume igualmente la culpabilidad del o de los directores que se benefician en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica, de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad". Es decir, se requieren condiciones taxativas para hacer efectiva la responsabilidad del o los gerentes por la realización de negocios considerados de aquellos que realiza la sociedad, en forma paralela, sea directamente o a través de interpósita persona, a saber: a) Beneficio indebido; b) Directamente o a través de otra persona natural o jurídica; c) Que se trate de un negocio social; d) Que la realización de dicho negocio irroque perjuicio a la sociedad.

Beneficio indebido

Al calificar el beneficio como "indebido", la norma aduce que el beneficio obtenido por el gerente sea de aquellos que lícitamente pudieran haber beneficiado

a la sociedad, por haber sido negocios que, en principio, correspondan al giro de la sociedad, por medio de clientes que, acercándose a ésta para desarrollar dicho negocio, sean maliciosamente distraídos por el gerente para realizar dicha gestión con una empresa paralela, sea o no de su propiedad.

En definitiva, el beneficio obtenido por medio de esta gestión debe incrementar las ganancias de quien distrae el negocio, no pudiendo buscar un beneficio para terceros, debido a que el legislador, cuando ha buscado castigar los beneficios a terceros lo ha condenado de manera expresa, indicando la existencia de un ilícito en la generación de un beneficio indebido por parte de uno de los gerentes o ejecutivos principales de una sociedad anónima en detrimento de sus accionistas¹⁹.

Por tanto, para que el beneficio sea indebido, deberá ser percibido por el gerente implicado en la conducta fuera de la remuneración que le sea cancelada por la sociedad, en razón de la existencia de un beneficio lícito al cual se contrapondría el beneficio "ilícito" percibido por el gerente involucrado en los hechos generadores de responsabilidad contractual en los términos del artículo 45 de la LSA.

Directamente o a través de otra persona natural o jurídica.

Es así como el gerente, para caer en la conducta antes descrita, deberá realizar dicho negocio o gestión directamente o a través de otra persona, la cual podrá presentar indistintamente la naturaleza jurídica del ente executor, pudiendo ser este una persona natural o jurídica, relacionada con el gerente involucrado en la actividad.

¹⁹ Por ejemplo la normativa referente al abuso de información privilegiada, en la Ley N° 19.085, expresamente condena los beneficios generados a favor de terceros.

Artículo 165. "Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente, posea información privilegiada, deberá guardar reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas, los valores sobre los cuales posea información privilegiada.

Asimismo, se les prohíbe valerse de la información privilegiada para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o enajenación de los valores citados, velando para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza. No obstante lo dispuesto precedentemente, los intermediarios de valores que posean la información privilegiada a que se refiere el artículo anterior podrán hacer operaciones respecto de los valores a que ella se refiere, por cuenta de terceros, no relacionados a ellos, siempre que la orden y las condiciones específicas de la operación provengan del cliente, sin asesoría ni recomendación del intermediario, y la operación se ajuste a su norma interna, establecida de conformidad al artículo 33(72).

Para los efectos del inciso segundo de este artículo, las transacciones se entenderán realizadas en la fecha en que se efectúe la adquisición o enajenación, con independencia de la fecha en que se registren en el emisor".

En efecto, dicha persona natural o jurídica, en caso de no ser el mismo gerente o una sociedad de su propiedad, deberá remunerar al mismo por las gestiones realizadas, en caso contrario, no se cumpliría con el requisito de beneficio ilícito exigido por el artículo en comento.

Negocio social

Al referirnos a un negocio social, en principio entendemos que la norma se refiere a aquellos negocios que se encuentran enumerados en los estatutos de la sociedad, como parte de su objeto o giro, entendiendo por tales aquellas actividades económicas que serán realizadas por la sociedad.

Mismo requisito exige la normativa argentina, en palabras del profesor de la Universidad de Córdoba Ignacio Escuti: "Si el administrador no desempeña sus funciones de la manera prescripta por el artículo 59 (Ley 19.550 de la República de Argentina) e incumple sus obligaciones responderá ilimitada y solidariamente por los daños que le pueda causar a la sociedad cuando actúa de mala fe, de manera desleal, y cuando esta actuación genera un daño"²⁰.

El gerente actuará de mala fe cuando, en conocimiento de realizar una conducta contraria a su mandato, y a derecho, realice una gestión a nombre propio para la cual estuviera contratado por su mandante por medio de contrato de trabajo, a fin de obtener un beneficio ilícito por la realización de dicha actividad económica. En aquellas actuaciones realizadas "por cuenta del principal, el factor no puede aprovechar para sí una determinada oportunidad de la que deba beneficiarse el principal"²¹.

Asimismo, podemos entender por manera desleal o actuaciones de competencia desleal realizadas por el factor de comercio aquellas en que "se prohíbe a los factores y dependientes traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género que las que hagan por cuenta de sus comitentes, a menos que fueren expresamente autorizados por ellos"²².

Lo anterior es reafirmado por Roque Vitolo, al indicar: "Actuación desleal. Se trata del caso en el cual el administrador o representante no privilegia en su actuación el interés social por encima de cualquier interés personal propio o de otros terceros. La lealtad es, en suma, una suerte de fidelidad respecto del interés propio del ente que se administra, abarcando una serie diversa de conductas posibles en las cuales al momento de discernir el interés a tener en cuenta en la

²⁰ Escuti, Ignacio A.; *Sociedades*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 60.

²¹ Méndez, Aurelio (Director); *Lecciones de Derecho Mercantil*, sexta edición, Thomson/Civitas, España, 2008, p. 177.

²² De Solminiac Iturria, Jaime; *Compendio de Derecho Comercial*, Sociedad Editoria Matropolitana, Tomo 1, Volumen 1, año 1996, p. 240.

actuación, se pueda dejar de lado el interés propio de la sociedad administrada o representada para dar preeminencia a otro interés, cualquiera que este sea. Y ello importa responsabilidad para el administrador o representante”²³.

Con todo, debemos recordar que a los gerentes de las sociedades anónimas, tanto abiertas como cerradas, sólo les resultan aplicables en forma subsidiaria las normas del Código de Comercio relativas a los factores, y respecto del caso en comento, existe una norma excepcional, en el artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, la cual circunscribe las actividades prohibidas a aquellas que sean catalogables como “negocios sociales”, es decir, negociaciones que se encuentren vigentes en nombre de la sociedad, que el gerente en forma dolosa, distraiga a una sociedad distinta, en la cual perciba un beneficio distinto a la remuneración obtenida en la sociedad anónima que administra.

Es así como, para que sea considerada como ilícita la conducta en comento, se requerirá, siguiendo la misma línea argumental, que la sociedad perjudicada por la actuación del gerente efectivamente desarrolle dicha actividad, debido a que no existe daño en la potencialidad de la realización de una actividad económica, sino que, para que el daño exista, como veremos más adelante, se requiere la privación efectiva de una oportunidad de negocios potencial para la empresa en la cual se desempeña el gerente general.

En el derecho español encontramos que el ejercicio de actividades del giro en competencia con la sociedad implica, en sí misma una causal de remoción forzosa de los administradores: “Al margen del principio de libre destitución, la Ley impone la remoción forzosa de los administradores que realicen cualquier actividad en competencia con la sociedad o que se encuentre en general en una situación de conflicto de interés”²⁴.

Causal de destitución que no se encuentra consignada en el derecho chileno en forma expresa, pero que pudiera encuadrarse dentro de la obligación de cautela de los actos del gerente que recae sobre los directores de la sociedad, en el ejercicio de su mandato de representación judicial y extrajudicial de la compañía, obligando a los directores a remover a un gerente comprometido en actividades de abierta competencia con la empresa en la cual desempeña sus funciones como directivo. Siendo éstos responsables por cualquier negligencia en este sentido, por una parte, y, por cierto, el gerente responsable civilmente a través de indemnización de perjuicios, en caso de ser factible la prueba del daño generado a la compañía, como veremos a continuación.

²³ Roque Vitolo, Daniel; “Responsabilidad de los administradores societarios”; *Derecho Comercial: Doctrinas esenciales: Sociedades comerciales*; Tomo II; Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, año 2008, p. 336.

²⁴ Méndez, Aurelio (Director); *Lecciones de Derecho Mercantil*, sexta edición, Thomson/Civitas, España, 2008, p. 421.

Para finalizar, el concepto de daño implica que la sociedad haya sido efectivamente perjudicada por medio de un hecho realizado por el gerente, cuya consecuencia directa se encuentre en la actuación cuestionable del factor de comercio en estudio.

Ante esta situación, podemos encontrarnos frente a un caso de responsabilidad contractual o extracontractual, dependiendo si es que la situación del ejercicio de actividades incompatibles se encontrare tratada dentro del contrato de trabajo del gerente, o si es que las partes no lo hubieran regulado en dicha oportunidad.

Si es que las partes regularon dicha situación en el contrato de trabajo del gerente, las partes estarán a las sanciones que en dicho contrato se hayan previsto.

En caso de que las partes no hayan regulado dicha circunstancia por medio de su contrato de trabajo, serán los tribunales de justicia quienes estén llamados a determinar la existencia o no del perjuicio, y, en caso de arribar a la convicción de la existencia de un perjuicio, serán quienes deban determinar el monto del mismo.

Irroque perjuicio a la sociedad

De tal manera, al referirnos al daño, debemos entender un perjuicio que se encuadra en los términos impuestos por el cuarto requisito de nuestro artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, al ordenar la existencia de un perjuicio a la sociedad por el acto del gerente para generar responsabilidad por el acto de beneficio ilegítimo de un negocio social.

Actos realizados por el gerente dentro del período de liquidación de la sociedad

El mandato que ha sido delegado en el gerente general de la sociedad anónima está llamado a surtir sus efectos en el plazo de vigencia de la personalidad jurídica de dicha empresa, caducando al momento de la inscripción del extracto de liquidación en el Registro de Comercio.

Por lo tanto, cualquier intervención realizada por el gerente general, dentro de los términos de su mandato, tras el momento de la inscripción de la liquidación de la sociedad, sólo podría originar actos nulos respecto de su mandante y respecto de terceros, en virtud de la publicidad de la que se dota al término de dicho mandato por medio de la inscripción correspondiente.

Con todo, si el gerente general, hubiera realizado actuaciones fuera de su mandato, entre el período de disolución y la liquidación de la sociedad, o tras

el acaecimiento de una de las causales de liquidación establecidas por la ley, en opinión de Raúl Etcheverry daría origen a ineficacia relativa: "...hay eficacia relativa cuando en aquellos actos o negocios jurídicos se da o se priva de efectos entre las partes dándose o privándose, respectivamente, de efectos respecto de terceros. Nosotros vemos que debe ampliarse el concepto: no solamente se da el supuesto en que el acto tiene efectos para las partes o frente a terceros, o la inversa, sino que la ineficacia puede darse con efectos para una sola de las partes, careciendo de efectos para la otra u otras"²⁵.

Bibliografía

AGUIRRE BRAND, María Laura; *Gobierno corporativo en la sociedad por acciones*, Editorial Thomson Reuters, Punto Lex, Santiago, Chile, 2010.

DE SOLMINIAC ITURRIA, Jaime; *Compendio de Derecho Comercial*, Sociedad Editorial Metropolitana, Tomo 1, Volumen 1, año 1996.

ETCHEVERRY, Raúl; "Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales"; *Derecho Comercial: Doctrinas esenciales: Sociedades comerciales*; Tomo I; Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, año 2008.

ESCUTI, Ignacio A.; *Sociedades*, Editorial Astrea, Buenos aires, 2006.

JUPPET EWING, María Fernanda; *Principios de Administración*, Editorial Jurídica de Santiago, Santiago, Chile, septiembre de 2010.

KLEIN, W; Ramseyer, J. Mark; Bainbridge, S.; *Business Associations*, Foundation Press, Seventh edition, Thomson Reuters, 2009.

MENÉNDEZ, Aurelio (Director); *Lecciones de Derecho Mercantil*, Sexta Edición, Thomson/Civitas, España, 2008.

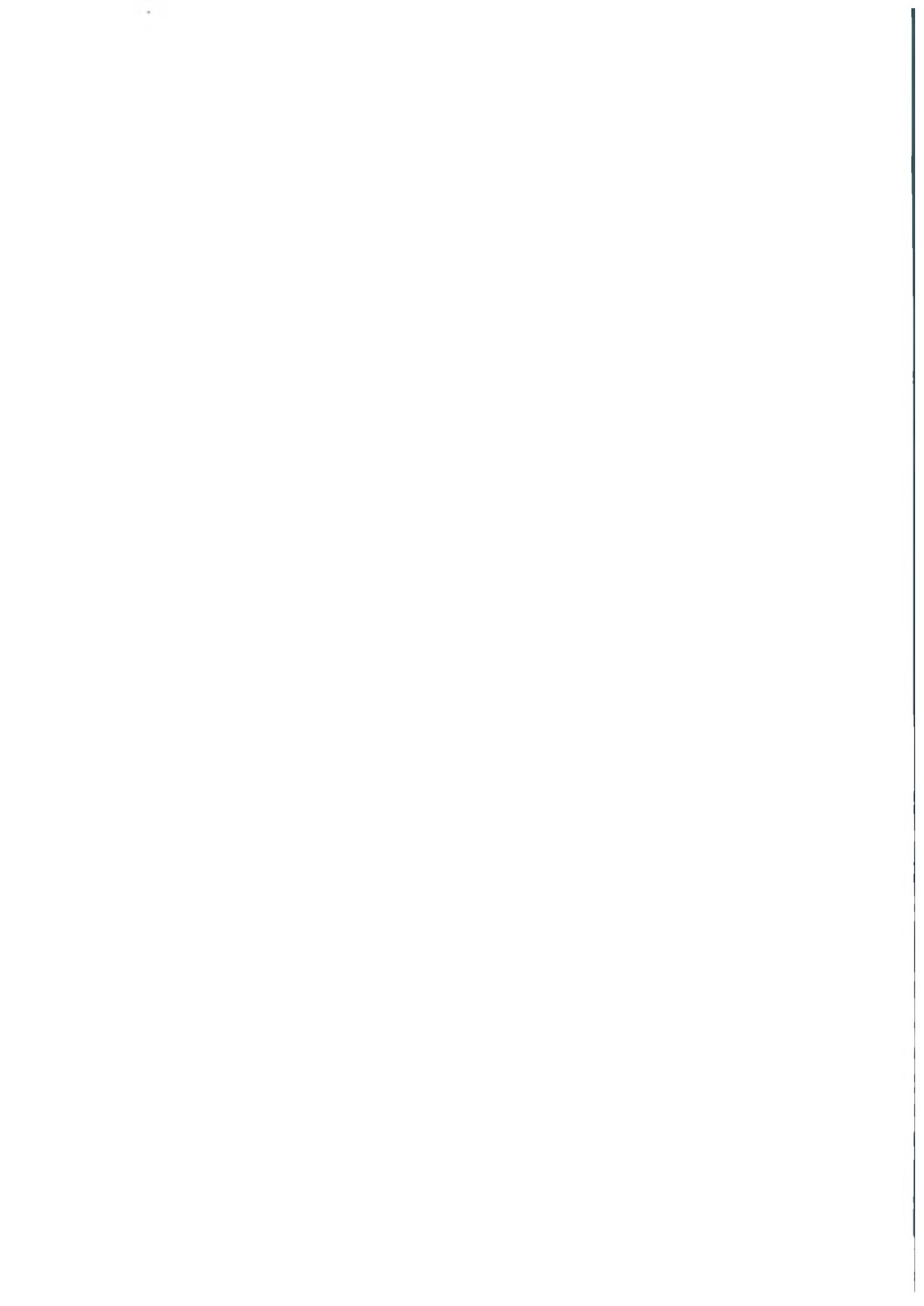
PERCIAVALLE, Marcelo L; *Directores y Socios; Aspectos remunerativos, previsionales e impositivos*, Errepar, Buenos Aires, 1998.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco; "Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas"; *Revista Actualidad Jurídica*, número 12, julio de 2005, ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2005

PUELMA ACCORSI, Alvaro; *Sociedades: Tomo II: Sociedad Anónima*, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

ROQUE VITOLO, Daniel; "Responsabilidad de los administradores societarios"; *Derecho Comercial: Doctrinas esenciales: Sociedades comerciales*; Tomo II; Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, año 2008, p. 336.

²⁵ Etcheverry, Raúl; "Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales"; *Derecho Comercial: Doctrinas esenciales: Sociedades comerciales*; Tomo I; Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, año 2008, p. 212.





Protección de datos de carácter personal¹

Héctor Oberg Yáñez

Profesor Titular Derecho Procesal
Universidad del Desarrollo

Resumen: En este trabajo se analiza la colisión de normas que se produciría entre las reglas de la ley n° 19.628, que regula la protección de datos de carácter personal, y las disposiciones que contempla el proyecto de Código Procesal Civil (arts. 397 al 399). El autor afirma que las disposiciones de dicho proyecto son, a la luz de la ley n° 19.628, abiertamente contradictorias, impropias de un texto procedimental y que, además, involucra a los tribunales de justicia en un papel que le es totalmente ajeno, cuestionando incluso la constitucionalidad del proyecto en esta materia.

Existe en nuestro medio, desde hace cierto tiempo ya, una ley cuyo texto ampara y protege ciertos datos de carácter personal relativos "*a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*" que se incorporan en un registro o banco de datos constituyendo un conjunto organizado, sea automatizado o no, cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permite relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos. Estos bancos de datos están bajo el control de un responsable del registro, que es una persona natural o jurídica privada, o un organismo público a quien competen las decisiones relacionadas con el tratamiento de los referidos datos.

La ley en referencia lleva como epígrafe "Sobre protección de la vida privada", denominación inadecuada en atención a que su texto regula aquellos datos de carácter personal que pueden revestir en un momento dado interés para llevar adelante básicamente operaciones de carácter comercial. Empero, no es este aspecto el que interesa destacar, sin dejar de conocer su importancia, sino poner de relieve que sus disposiciones entrarían en colisión con ciertos artículos que reglamentan al juicio ejecutivo que forman parte del Proyecto de Código Procesal Civil, por ejemplo: art. 397, que en su inciso final indica que "*se conformará una nómina pública con el nombre de aquellos ejecutados que hayan incumplido con alguna de las obligaciones establecidas en este artículo*"; arts. 398, 399, que en síntesis ordenan investigar el patrimonio del ejecutado

¹ Ley N° 19.628, de 28 de agosto de 1999. Su última versión es del 13 de junio de 2002.

e imponen un deber de colaboración a todas las personas y entidades públicas o privadas para proporcionar los datos y documentos que tengan en su poder, respectivamente, y que de alguna forma se refieran a la persona del ejecutado.

Estos datos personales sólo deben utilizarse para los fines para los cuales hayan sido recolectados, y, en todo caso, la información de los mismos debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.

Ahora bien, toda persona tiene derecho a exigir al responsable de un banco de datos –público o privado– información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales se les transmiten regularmente sus datos. Si esos datos son erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, el titular de los mismos tiene derecho a que se modifiquen, incluso exigir que se eliminen si carecen de fundamento legal o estuvieren caducos, y el ejercicio de tal derecho no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención. Con todo, esta actividad del titular tiene ciertos límites, pues no podrá utilizarse en aquellos casos en que se trate de datos personales almacenados por mandato legal, o cuando se impida o entorpezca el cabal cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o se afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, o la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Requerido el responsable del registro o del banco de datos por el interesado, tiene dos días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud. Si la deniega por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el titular de los datos tiene derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del responsable mencionado precedentemente, y que se encuentre de turno según las reglas generales, demandando amparo para los derechos que esta ley le confiere.

Para hacer efectivo este amparo se contempla el siguiente procedimiento, dejando en claro que se está ante una reclamación y no ante una demanda:

1. Es una reclamación escrita y fundada, pues debe señalar claramente la infracción cometida y los hechos que la configuran. Es preciso, además, acompañar los medios de prueba que los acrediten, en su caso. Aunque nada dice esta ley sobre este aspecto probatorio, habrá que entender que estarán permitidos los medios de prueba que contempla el Código de Procedimiento Civil, a los cuales hay que agregar copia de la solicitud que presentó el interesado al responsable del registro o banco de datos, así como un certificado de no haberse tenido respuesta de éste dentro del plazo legal. No se indica quien

debe otorgar la certificación aludida, de modo que podrá utilizarse cualquier medio que dé fe al respecto.

2. El tribunal debe disponer que esta reclamación sea notificada por cédula al reclamado, la que se dejará en su domicilio. No señalándose norma sobre la forma de practicar esta notificación, es menester aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil supletoriamente.

3. El reclamado debe presentar sus descargos dentro de quinto día hábil, los que serán fundados, pues debe acompañar los medios de prueba que los acrediten. Si no dispone de ellos, expresará esta circunstancia, en cuyo caso el tribunal fijará una audiencia para dentro de quinto día hábil, para recibir la prueba ofrecida y no acompañada. Pese a que la ley menciona que el responsable reclamado “deberá” presentar sus descargos”, es lo cierto que se está en presencia de una carga y no de una obligación, pudiendo por ende el reclamado no formular descargo alguno, lo que la propia ley reconoce.

4. Sea que se hayan o no presentado descargos, vencido el plazo de cinco días, el tribunal dictará sentencia dentro de tercero día, la que se notificará por cédula a las partes. Habiéndose dispuesto una audiencia de prueba, el plazo para dictar fallo corre desde el vencimiento de ésta.

5. Se contempla dentro del procedimiento una disposición genérica en ciertas materias, es así como se expresa que las resoluciones que se dicten lo serán en única instancia y que se notificarán por el estado diario, salvo la sentencia definitiva, que es notificada por cédula, como se ha anotado.

6. Aunque nada se diga en materia de incidentes, es lo cierto que no se divisa inconveniente alguno para su promoción, sujetándose tanto en la oportunidad para formularlos como en su tramitación a las reglas generales que nos son conocidas.

7. El fallo que recaiga en esta reclamación es susceptible de impugnarse a través del recurso de apelación, que debe interponerse en el término fatal de cinco días, que se cuentan desde la notificación de la parte que lo entabla, y siguiendo lo que ya es habitual, el escrito correspondiente debe contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

8. Concedido el recurso –la ley expresa “deducida la apelación”, lo que evidentemente es un error del legislador–, que lo es en ambos efectos, el tribunal a quo debe elevar de inmediato los autos a la Corte de Apelaciones respectiva. Recibida la causa en la secretaría del tribunal ad quem, el presidente ordenará dar cuenta preferente del recurso, sin esperar la comparecencia de ninguna de las partes.

9. Pese al silencio de la ley, hay que entender cierta tramitación propia del recurso en esta instancia, como es el ingreso del asunto asignándole el rol de ingreso pertinente, será también del caso constatar la admisibilidad del recurso, y si el tribunal de alzada se compone de diversas salas, el presidente sorteará cuál de ellas conocerá de él, dictando a la vez, si es procedente, el decreto ordenando dar cuenta sin más. Atento el texto existente sobre estos aspectos, es el presidente el que debe llevarlos a cabo, y no la sala tramitadora.

10. La sala que conozca de la apelación, si lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible, puede ordenar traer los autos en relación para oír alegatos de los abogados de las partes, y si es así, la causa se agregará extraordinariamente a la tabla de la misma sala.

11. El fallo que recaiga en la apelación no es susceptible a su vez de ser atacado por los recursos de casación, lo cual deja abierta la posibilidad de intentar en su contra un recurso de queja, aplicando las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales que operan en dicha materia.

12. Este procedimiento que se ha reseñado sufre cierta alteración en cuanto al tribunal llamado a conocer de la reclamación cuando la causal invocada por el reclamado para denegar la solicitud del requirente sea la seguridad de la Nación o el interés nacional. En efecto, en esa situación la reclamación deberá deducirse ante la Corte Suprema, la que solicitará informe de la autoridad de que se trate por la vía que considere más rápida, fijándole un plazo para tal fin. Vencido que sea este término, se resolverá en cuenta la controversia. En el evento de haberse recibido prueba, ésta se producirá en un cuaderno separado, que tendrá el carácter de reservado, particularidad que se mantendrá aun después de afinada la causa, en la medida que niega la solicitud del requirente, y el fallo queda firme. Las notificaciones por cédula previstas para las gestiones practicadas en una Corte de Apelaciones, serán del caso llevarlas a efecto también ante la Corte Suprema, pues nada se dice para la reclamación que se realiza ante ella. Tal vez la única diferencia existente entre ambos procedimientos radica en que el fallo que dicte la Corte Suprema no será susceptible de impugnarse, ya que él es de única instancia, no teniendo lugar ni siquiera el recurso de queja.

A lo más, sería posible solicitar una aclaración, enmienda o rectificación.

13. Asimismo, si la Corte Suprema lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible, puede ordenar traer los autos en relación a fin de oír a los abogados de las partes. Produciéndose esta situación, la causa se agregará extraordinariamente a la tabla de la misma sala, pero con la limitante de no ser pública la audiencia pertinente, lo que dispondrá el presidente del tribunal.

14. De acogerse la reclamación, en la misma sentencia se fijará un plazo prudencial para dar cumplimiento a lo resuelto, sea que la sentencia la dicte una Corte de Apelaciones o la Corte Suprema. Todavía es posible que la sentencia en cuestión imponga una multa que varía de 1 a 10 UTM, o bien una multa de 10 a 50 UTM si lo infringido es a lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la ley en examen.

15. También se sanciona con multa de 2 a 50 UTM la falta de entrega oportuna de la información, o si hay retardo en efectuar la modificación en la forma decretada por el tribunal. Y si el responsable del banco de datos requerido fuere un organismo público, el tribunal puede sancionar al Jefe del servicio con la suspensión de su cargo, por un lapso de cinco a quince días.

16. En cuanto a la actividad oficiosa en la tramitación que la ley atribuye a los presidentes de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, impide que esta reclamación termine por otra vía que no sea el fallo que en ella recaiga. No podría, por ende, pensarse en una deserción por incomparecencia, abandono de procedimiento o prescripción del reclamo, o en un llamado a conciliación, en atención a que en este caso no hay posibilidad de llegar a una transacción –que es el supuesto básico para que opere la conciliación–, empero no habría inconveniente para que el requirente se desistiere de su reclamación, lo cual se resolvería de plano por el tribunal que esté conociendo del asunto.

Fuera de estas normas procesales, la ley contiene otras disposiciones que son de interés citar, como sucede con lo señalado en el art. 18, que establece un plazo de prescripción. En efecto, su texto es del tenor siguiente: “En ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que se relacionen con una persona identificada e identificable, luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible (inc. 2°). Tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal (inc. 3°). Con todo, se comunicará a los tribunales de justicia la información que requieren con motivo de juicios pendientes”. Los datos a que se aluden son aquellos que versan “sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales” (art. 17 inc. 1°).

Se agregan también a esta prohibición aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, que se sustenten en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos "en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento". Con todo, no puede comunicarse la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas.

La Ley N° 20.463, de 25 de octubre de 2010, ha incorporado al art. 17 de la ley en examen nuevos incisos (3° al 8°), interesando para este comentario lo prescrito particularmente en su inc. 3°, que es del tenor siguiente: *"Las entidades responsables que administren bancos de datos personales no podrán publicar o comunicar la información referida en el presente artículo, en especial los protestos y morosidades contenidas en él, cuando éstas se hayan originado durante el período de cesantía que afecte al deudor"*.

Los restantes incisos contemplan el procedimiento para lograr hacer efectiva esta prohibición, que además tiene un límite, toda vez que el bloqueo será improcedente cuando el deudor registre *"anotaciones en el sistema de información comercial durante el año anterior a la fecha de término de su relación laboral"*.

Empero, tratándose de organismos públicos, los datos personales sólo pueden realizarse respecto de las materias comprendidas en su competencia y sujetándose a lo establecido en esta ley. En esas condiciones no se necesita el consentimiento del titular.

El Servicio de Registro Civil e Identificación es el encargado de llevar un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos y que tiene el carácter de público.

Por último, hay que destacar que la persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que se cause por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal. Esta acción puede interponerse conjuntamente con la reclamación destinada a establecer la infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 173 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las infracciones no contempladas en los arts. 16 y 19, incluida la indemnización de los perjuicios, se sujetarán al procedimiento sumario. La prueba se apreciará en conciencia por el juez, quien además debe tomar todas las providencias que estime conveniente para hacer efectiva la protección de los derechos que esta ley establece.

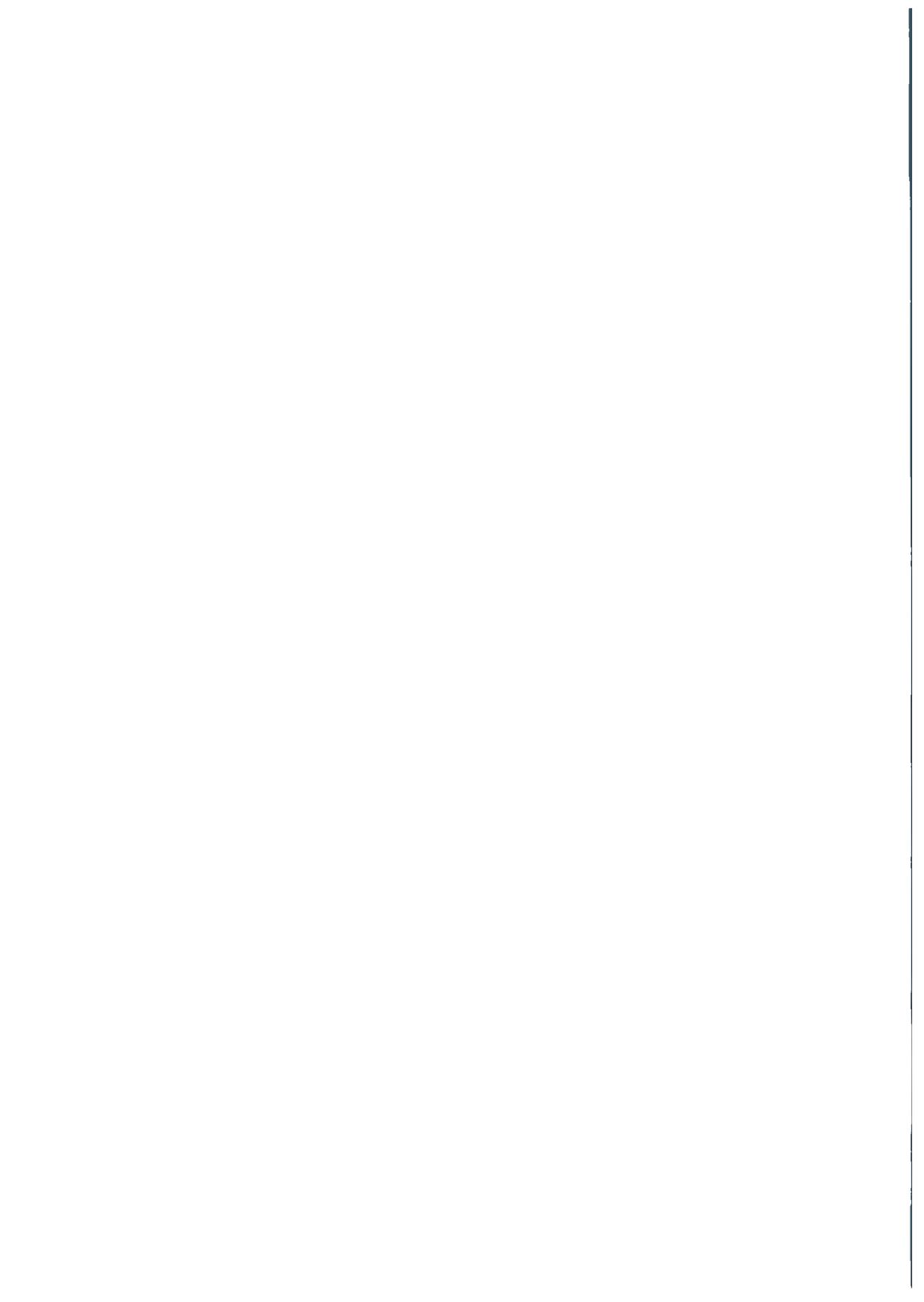
En cuanto al monto de la indemnización, se establecerá prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos.

Mas no se piense que sólo esta ley contiene normas protectoras de datos personales, pues prueba de lo que se menciona es lo que prescribe en los incs. 2º y 3º del art. 127 del Código Sanitario, que a la letra ordena (inc. 1º): “Las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados. Sólo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente, otorgado por escrito. Quien divulgare su contenido indebidamente, o infringiere las disposiciones del inciso siguiente, será castigado en la forma y con las sanciones establecidas en el Libro Décimo (inc.2º): Lo dispuesto en este artículo no obsta a que las farmacias puedan dar a conocer, para fines estadísticos, la venta de productos farmacéuticos de cualquier naturaleza, incluyendo la denominación y cantidad de ellos. En ningún caso la información que proporcionen las farmacias consignará el nombre de los pacientes destinatarios de las recetas, ni el de los médicos que las expidieron, ni datos que sirvan para identificarlos”.

No cabe duda, después de lo analizado, que las disposiciones del proyecto de Código Procesal Civil, que se mencionaron al inicio son a la luz de esta ley abiertamente contradictorias, impropias de un texto procedimental y que, además, involucra a los tribunales de justicia en un papel que le es totalmente ajeno, y que le acarrearán sólo problemas, proyectando una mala imagen al medio social en que se desenvuelven.

A mayor abundamiento, esa normativa del proyecto de Código Procesal Civil es, en nuestro parecer, inconstitucional, toda vez que atenta contra el claro tenor del art. 19 N° 4 de la Carta Fundamental, que a la letra prescribe: “La Constitución asegura a todas las personas: 4º El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Y evidentemente esos textos procedimentales atentan al respeto, a la honra de que son merecedoras las personas, aunque ellos sean deudores, y no protegen la vida privada de las mismas. Cumpliendo esta disposición constitucional es justamente la Ley N° 19.628 la que hace efectiva la protección de la vida privada de aquellas en uno de sus aspectos, como son los datos de carácter personal, y es deber de los órganos del Estado respetar y promover este derecho que está siendo lesionado con tales disposiciones.

De tal forma que cualquier traba que impida, restrinja o vulnere no solo el derecho mismo, sino también el acceso a él, deviene en antijurídica, y como tal debe ser rechazada de plano por el ordenamiento jurídico. Solamente así se logrará afianzar la justicia.



La descentralización en Chile

Marcelo Villagrán Abarzúa

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Pontificia Universidad Católica de Chile

Magister Juris Marburgensis LL.M. y Doctor iuris

Philipps-Universität Marburg, República Federal de Alemania

Profesor Corporativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Autónoma de Chile

Resumen: Chile se ha caracterizado por ser un país política- y administrativamente centralizado, a pesar de llevar más de un siglo intentando aumentar las atribuciones de organismos autónomos. Sin embargo, la tradición pública chilena, así como el alto grado de desconfianza en los niveles inferiores de la administración han impedido su consagración. De esta forma, los esfuerzos del constituyente por sentar las bases de un sistema descentralizado administrativamente no han conseguido los efectos esperados. El autor junto con explicar el significado y alcance de la descentralización en la doctrina, así como los argumentos que la respaldan, analiza su desarrollado en Chile. El texto expone las razones que evitan su aplicación al ámbito político y las dificultades que existen para su consagración a nivel administrativo.

I. Introducción

La descentralización ha sido en Chile un tema relevante de las agendas políticas de los últimos gobiernos y a pesar de las modificaciones legales se puede concluir que a la fecha no se ha logrado superar el centralismo político y administrativo que existe en el país. Es imperativo cautelar que más allá de crear controles a nivel regional y/o municipal que fortalecen las relaciones de dependencia, se generen las bases de un sistema que avance hacia una descentralización.

En este sentido, resulta importante conocer el significado y alcance de la descentralización y los argumentos que esgrime la doctrina para apoyar su fortalecimiento. Del mismo modo se analizarán en este artículo las características del proceso de descentralización experimentado en Chile, que dista en muchos aspectos de lo que acostumbra otras culturas, así como la normativa vigente que la regula.

II. Significado y alcance de la descentralización

Por medio de la descentralización se persigue crear organismos autónomos capaces de desempeñar sin injerencias del poder central funciones administrativas específicas. De esta forma el gobierno central se preocupa sólo de los temas de interés general de la nación, reservándose un poder de control sobre los organismos descentralizados.

La descentralización "...parte del principio de que quien mejor conoce las necesidades mejor puede resolverlas, y al así efectuarlo, da respuestas a los problemas de la eficacia y la eficiencia, además de posibilitar la participación democrática"¹. Suele definirse descentralización como "...la asignación o difusión de funciones y poderes desde una autoridad central hacia órganos de gobierno regionales o locales"².

Los elementos esenciales de la descentralización son la adjudicación de competencias a un organismo determinado creado por ley, el dotarlo de personalidad jurídica de derecho público, de poder de decisión y de viabilidad, vale decir, que las competencias guarden relación con las características del organismo, que se le dote de un adecuado y real sistema de financiamiento, y que el control que se ejerza sobre el organismo no limite su autonomía³.

El constitucionalista chileno José Luis Cea, por su parte, establece que los organismos descentralizados presentan cuatro características copulativas, esto es: son organismos dotados de personalidad jurídica de derecho público, funciones, atribuciones y patrimonio propio; sus integrantes son, por regla general, elegidos por sufragio universal en votación directa; poseen un régimen estatutario propio, dictado con autonomía por sus propios órganos internos; y poseen un sistema de control interno, lo cual no obsta a la existencia de una tutela legal externa⁴.

¹ Hernández, Antonio María: *Integración y Globalización: Rol de las regiones, provincias y municipios*, 1ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 33 y siguiente.

² Tapia Valdés, Jorge: "Descentralización, Regionalización y Neosubsidiariedad", en: *Reforma Constitucional*, Francisco Zúñiga Urbina (Editor), 1ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 167-187, p. 181. El autor enfatiza que se trata de la transferencia de facultades de gobierno, vale decir, de la capacidad de adoptar decisiones en materias políticas y con significativo grado de discrecionalidad, lo que lo lleva a concluir que en Chile sólo existe una desconcentración de facultades administrativas. Ello impediría hablar de descentralización, a pesar de que la delegación de funciones sea amplia y apoyada de transferencias importantes de recursos provenientes del poder central. Por el contrario la descentralización se caracteriza por la entrega que hace el Estado de sus funciones propias a otros órganos que por su especial ubicación están en mejores condiciones de ejercerlas, democratizando así la relación de poder y de gobierno.

³ De las Heras de Pablo, Guillermo: "La suspensión y revocación de los actos administrativos municipales. El artículo 31 del D.L. 575 y algunas consideraciones sobre la descentralización territorial del municipio", en: *XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, 1ª edición, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 1987, pp. 203-211, p. 204.

⁴ Cea Egaña, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo 1, 1ª edición, Ediciones Universidad

Una verdadera descentralización del Estado debe incluir, por tanto, el dotar a los organismos de la capacidad para tomar decisiones independientes dentro del marco que fije la ley, incluyendo los recursos financieros que garanticen dicha autonomía. Sin una independencia económica no será posible alcanzar una independencia en la gestión.

El proceso de descentralización no atenta ni pone en riesgo al Estado unitario, muy por el contrario, le otorga legitimidad y lo democratiza, impidiendo todo brote de autoritarismo de parte de las autoridades, que provoca una sensación de subyugación al interior de la población. En este orden de cosas el concepto de Estado Unitario "...no se contrapone con la idea de que en él exista una organización interna que obedezca a un criterio de descentralización que permita un desarrollo racional, armónico y equilibrado de las regiones y una efectiva participación de sus habitantes en el conocimiento y solución de los problemas"⁵.

La unidad del Estado debe verse fortalecida por la participación de todos sus integrantes en la consecución de sus fines propios. Sólo el trabajo conjunto y coordinado de toda la nación permitirá la formación de un Estado sólido y próspero. Lo anterior no obsta a que se ejerza un control y supervisión desde el centro, el que debe ceñirse a los aspectos de legalidad en la actuación, toda vez que un control de gestión se contrapone a la idea de la descentralización, al incorporar criterios políticos, económicos o técnicos de carácter subjetivo que atentan contra la libertad propia de este tipo de sistemas. Esto no obsta a una coordinación, colaboración y asesoría de los órganos centrales de forma que se respeten los programas y metas de desarrollo a nivel nacional. Es importante hacer énfasis en todo momento en la aplicación del principio de subsidiaridad y de solidaridad, los que deben existir en todo sistema descentralizado.

III. Argumentos que apoyan la descentralización

Existen en la doctrina una serie de argumentos que apoyan la descentralización y resulta por ello necesario pasar a revisarlos, de forma tal de poder sacar algunas conclusiones sobre su real grado de influencia.

Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 201 y siguiente.

⁵ Vío Valdivieso, Rodolfo: *Manual de la Constitución 1980*, 1ª edición, Ediciones Colchagua, Santiago de Chile, 1988, p. 169. La unidad y coordinación del Estado requerida para su correcto funcionamiento no se encuentra en riesgo por el hecho de descentralizar su administración, debido a la constante tutela, asesoría y apoyo que ejerce el gobierno central. En cambio, si existe un control jerárquico se bloquearía la autonomía otorgada y no permitiría diferenciar a estos organismos autónomos de aquellas unidades administrativas dependientes directamente del Estado. Una exitosa descentralización consigue traspasar la potestad de tomar decisiones a una organización diferente a la del centro originario, de forma tal de poder actuar con libertad en el campo de competencias previamente otorgadas.

En primer lugar se establece que la descentralización es un factor clave en el fortalecimiento de la democracia. Si bien es cierto que la descentralización no es requisito de la esencia de un Estado democrático, no lo es menos que mediante una mayor participación al interior del Estado se aumentan los niveles democráticos de un país, condición que justamente persigue la descentralización al transferir competencias del poder central. Es por ello del todo lógico que un país descentralizado logrará mayores niveles democráticos que uno centralizado.

En segundo lugar, se plantea que la eficiencia y eficacia administrativa de un Estado dependen del grado de descentralización, de forma tal que aumentarán éstas a medida que más descentralizada sea su organización. Al realizar esta afirmación hay que ser bastante cuidadoso, toda vez que si bien los resultados de la ciencia administrativa pública indican que la eficiencia y eficacia de la gestión de un país aumentan a medida que el Estado actúa de forma más descentralizada por la proximidad y conocimiento que se obtiene de quien demanda los servicios, por mejorar la capacidad de reacción del Estado, por eliminar factores burocráticos, optimizar la utilización de recursos financieros y humanos, etc., no podemos olvidar que existen una serie de otros factores que afectan la gestión de una administración y que hacen fracasar muchas veces los ideales teóricos. Entre ellos baste con mencionar los casos de corrupción que se producen por la falta de control, la falta de capacidad en el personal inferior de la administración que le impide tomar las decisiones acertadas, el egoísmo que se genera a nivel local de velar por sus intereses propios y no perseguir los de toda la nación y los conflictos y rivalidades entre los distintos niveles de la administración. Por supuesto que son situaciones salvables, pero deben tomarse en consideración a fin de realizar todos los esfuerzos legales y administrativos necesarios para evitar que se produzcan y con ello no afectar los resultados. En conclusión, se puede mencionar que tomando las precauciones del caso, la descentralización es factor de eficiencia y eficacia administrativa.

En tercer lugar, se afirma que la descentralización favorece el acercamiento de los ciudadanos a lo público. No confundamos esta afirmación con el reforzamiento democrático, toda vez que la existencia de una democracia representativa no involucra una participación directa de la población en los asuntos públicos, lo cual no obsta a la existencia de un alto grado de democratización en un país. Acá analizaremos concretamente si la descentralización colabora a aumentar los índices de participación directa de los habitantes de un país en los asuntos públicos. Si tomamos en cuenta que el nivel más adecuado para materializar la participación ciudadana es el municipal, al existir una relación cercana de la comunidad con la municipalidad, la descentralización que entregue un gran número de competencias a este nivel local podrá facultar, a su vez, que se abran los espacios a la población para materializar una intervención en asuntos

públicos. Sin embargo, no basta con un proceso descentralizador fuerte, sino que se debe garantizar que las municipalidades generarán esas instancias de participación ciudadana, de forma de no cortar la cadena de actuación que construye el Estado a través de la descentralización y que se extiende en un Estado Unitario desde el Presidente de la República hasta los propios habitantes de su territorio.

El propio Gobierno, a través del Subsecretario de Desarrollo Regional y Administrativo de la época Marcelo Schilling, expresó el año 1997 que basaron su convicción en la política de descentralización en tres elementos claves. Primero, en que ella perfecciona y consolida la democracia al aproximar la toma de decisiones a los ciudadanos. Segundo, en la hipótesis de que mediante ella se puede mejorar la gestión, por la mayor coordinación de las políticas públicas, de los actores públicos y una mejor focalización del gasto. Finalmente, en que la descentralización dotaría a la administración pública de mayor flexibilidad para enfrentar la velocidad de los cambios de hoy en día⁶.

Mientras la centralización de la administración busca mejorar la coordinación de los órganos del Estado y mantener la unidad de acción en el trabajo que realicen, la descentralización permite al Ejecutivo llegar a todos los puntos en que se extiende el territorio de un Estado, mediante sus agentes directos e inmediatos organizados jerárquicamente. Hablamos, por tanto, de centralización administrativa en la medida que los servicios públicos estén radicados en la capital o dependan directamente del poder central, sin contar con facultades de decidir libremente sobre la inversión de los recursos y la formación de programas adaptables a las necesidades de la localidad. La centralización genera servicios lentos y dispendiosos, aumentando desmedidamente la burocracia. La descentralización, en cambio, favorece la rapidez y la eficiencia en las gestiones, permitiendo también una fiscalización más directa por parte de los interesados y una mejor distribución de los recursos conforme a las necesidades que se pretende satisfacer⁷.

La centralización hace perder uno de los elementos más fundamentales de una verdadera democracia. Genera insatisfacción y frustración en los individuos ante la imposibilidad de remediar los errores de la administración, la que queda totalmente fuera de su control. Los mecanismos de participación y la elección misma son vistos como herramientas demasiado lejanas para ejercer una verdadera presión, de forma que la impotencia se transforma en desinterés y alejamiento de la vida pública, lo que conlleva al debilitamiento del Estado. Además, al

⁶ Schilling Rodríguez, Marcelo: "Balance y perspectiva de la descentralización chilena", en: *Reflexión y análisis del proceso de descentralización en Chile*, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (Editor), 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago de Chile, 1998, pp. 30-35, p. 33.

⁷ Estévez Gazmuri, Carlos: *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1949, pp. 368 y siguiente.

encontrarse concentrados todos los poderes de decisión en un mismo lugar, los jefes de negocios tienden a trasladarse a él, para el despacho de sus asuntos, debilitando con ello a las regiones, que se ven carentes de dirigentes capaces de sacarlas del letargo en el que se encuentran sumidas.

Mediante la descentralización del país se persigue acercar los poderes de decisión a la comunidad y mejorar la gestión, aspectos que van de la mano, toda vez que al identificarse mejor las necesidades de una localidad es posible en la teoría planificar programas más efectivos y que demanden menos costos administrativos para la satisfacción de esas necesidades.

IV. Descentralización a la chilena

Lamentablemente el concepto concebido por la doctrina se aleja profundamente de la realidad que nos muestran los procesos de descentralización que se han iniciado en Chile. Se utiliza esa denominación al referirse a la asignación de funciones netamente ejecutivas a organismos que por su ubicación territorial privilegiada tienen una relación más cercana con la población. Estamos ante una descentralización territorial de funciones administrativas y no de carácter político, debido a que los organismos a pesar de gozar de personalidad jurídica de derecho público y de patrimonio propio, carecen de las atribuciones para ejercer independientemente su función.

En razón de que en Chile se persigue alcanzar sólo una descentralización administrativa, es importante analizarla más profundamente. Se puede decir que este tipo de descentralización corresponde al manejo de los intereses locales por autoridades independientes del poder central y sujetos en cuanto a sus facultades de administración a una ley de carácter general⁸. La descentralización administrativa de un país permite distinguir los intereses públicos generales de los locales, de tal forma de entregar con independencia la dirección de los asuntos de la localidad a quienes mayor cercanía y conocimiento tienen, logrando con ello no sólo fortalecer la democracia a nivel local, sino que también la eficiencia.

La descentralización del país conlleva aceptar la limitación al carácter absoluto de la soberanía, en cuanto poder supremo originario y no condicionado, concepto que ya impone la subsidiariedad en la Constitución, al obligar al Estado a reconocer y apoyar a los cuerpos intermedios para que autónomamente se dediquen al logro de sus fines específicos⁹.

⁸ Estévez Gazmuri, Carlos: *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1949, p. 359.

⁹ Tapia Valdés, Jorge: "Descentralización, Regionalización y Neosubsidiariedad", en: *Reforma Constitucional*, Francisco Zúñiga Urbina (Editor), 1ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 167-187,

V. Regulación de la descentralización en Chile

Desde los inicios de la historia institucional chilena se ha pensado que la centralización política es fundamental para la conservación y fortalecimiento del régimen unitario de gobierno. Es por ello que residen en el Presidente de la República las facultades de gobierno y administración interior del Estado y la descentralización se tolera sólo respecto a la facultad de administración, que corresponde a la prestación que realiza el Estado de diversos servicios a los ciudadanos.

El sistema de descentralización existente en Chile sufrió su última importante modificación por la ley de reforma constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005. Esta ley modificó por segunda vez el artículo 3° de la Constitución desglosando su contenido en tres incisos. Se elimina la oración "su territorio se divide en regiones", por considerarla redundante, al estar igual declaración mencionada en el artículo 110. El nuevo inciso tercero del artículo 3° de la Constitución señala que "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". Esta norma contempla un mandato amplio que excede al legislador, siendo obligación de "todos" los poderes del Estado la promoción de la "regionalización del país". La descentralización adquiere, a su vez, un contenido vasto que supera al de la mera administración, toda vez que utiliza el vocablo "país", como lo dejó de manifiesto durante la discusión del proyecto el H. Senador Diez¹⁰. El presente objetivo sólo puede "...lograrse mediante la creación de nuevas personas jurídicas de derecho público, dotadas de autarquía –en el sentido técnico de la expresión– o a través de la transferencia de atribuciones desde la Administración Central a los gobiernos regionales"¹¹.

p. 183.

¹⁰ Núñez, Manuel A.: "Estado Unitario: Unidad del Estado y Unidad de Constitución", en: *Reforma Constitucional*, Francisco Zúñiga Urbina (Editor), 1ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 149–165, p. 154.

¹¹ Hernández Empanza, Domingo: "Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: Regionalización, probidad y publicidad de actos", en: *La Constitución Reformada de 2005*, Humberto Nogueira Alcalá (Editor), 1ª Edición, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago de Chile, 2005, pp. 19–37, pp. 24 y siguiente. Según el autor la reforma sólo realiza en materia de descentralización una declaración de principios, lo cual se manifiesta en el hecho de que del Capítulo XIV del "Gobierno y Administración Interior del Estado" sólo se reformó un artículo, manteniendo la rigidez del modelo en vigor desde 1991, desestimando modalidades de participación directa de la ciudadanía en la designación de las autoridades regionales, al igual que la concesión de algún tipo de potestades legislativas circunscritas al territorio regional. Para Tapia Valdés la reforma de 2005 no tenía inicialmente en mente modificar la regionalización y descentralización del país, preceptos que finalmente fueron tratados por su estrecha relación con la elección de senadores y al intento de sacar del ámbito constitucional el tema del sistema binominal mayoritario. Tapia Valdés, Jorge: "Las reformas constitucionales de 2005, un triunfo del centralismo", en: *La Constitución Reformada de 2005*, Humberto Nogueira Alcalá (Editor), 1ª edición, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago de Chile, 2005, pp. 39–52, p. 39.

En este orden de cosas, la reforma introducida en el artículo 3° de la Constitución no genera un avance en materia de regionalización y viene a reafirmar los principios que ya habían sido incorporados por la reforma de 1991 en el actual artículo 115 inciso primero, los cuales, sin la acción diligente del legislador, difícilmente puedan generar los efectos esperados.

De igual forma se elimina del texto constitucional toda alusión al número de regiones que contiene el país, de forma de flexibilizar la estructura regional y dejarla entregada, al igual que las provincias y comunas, al ámbito de una ley orgánica constitucional. Con ello se quita la protección especial que el constituyente entregó a las regiones, al considerarlas base del sistema institucional del país y pilar del gobierno y administración interior del Estado, permitiendo con ello la creación de nuevas regiones mediante la fragmentación de las existentes.

El artículo 3° inciso segundo de la Constitución establece el principio de la descentralización administrativa del Estado chileno al señalar que “la administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”. Este mandato constitucional establece una distribución de las competencias del Estado hacia órganos u organismos más específicos, con lo cual se actuará con mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las tareas. La centralización o concentración de competencias se contempla de esta forma como un mecanismo de carácter excepcional y supletorio. De acuerdo a lo resuelto por las Comisiones Unidas del Senado durante el estudio de la reforma constitucional de 1991, al referirse al concepto de descentralización administrativa consignado en este artículo, “...debe entenderse como una transferencia de competencias desde el nivel central a entes jurídicamente diferenciados de aquél (es decir, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio) y que no le están jerárquicamente subordinados, sino sometidos a su supervigilancia”. En cambio, al emplear la frase “o desconcentrada en su caso” significa “...que no toda la Administración se descentralizará progresivamente en el tiempo, pues hay servicios o actividades que deben quedar bajo la tuición o dependencia del Presidente de la República, como son los asuntos relativos a las Fuerzas Armadas, las relaciones internacionales, el orden público, la política económica y otras de diversa índole que por sus características propias no es posible separarlos del nivel central”. Finalmente, señalan que la noción de desconcentración “...está concebida en el sentido de asignar atribuciones a un órgano inferior para resolver sobre determinadas materias, manteniendo la supeditación jerárquica de éste a otro superior, el cual le podrá impartir criterios generales de acción, pero no arrogarse la resolución de los asuntos confiados al inferior”¹².

¹² Citado en el primer informe de la comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, unidas del Senado, recaído en el proyecto de reforma constitucional sobre gobierno y administración regional y provincial y administración comunal, boletín N° 357-06, de fecha 5 de agosto de 1991.

En la desconcentración la radicación de funciones en el órgano de inferior jerarquía es en términos permanentes, por lo que involucra regularmente una modificación legal. No debemos confundirla con la delegación, que es esencialmente revocable, pudiendo la autoridad delegante dejarla en cualquier momento sin efecto.

Es así como queda clara la voluntad del constituyente derivado de hacer más imperativo el mecanismo de la descentralización, optando por la desconcentración no como fórmula alternativa, sino sólo en los casos en que no pueda recurrirse al anterior.

Es así como el sistema chileno contempla cinco mecanismos de descentralización administrativa. El primero de ellos es la descentralización administrativa propiamente tal, que se traduce en la creación de servicios públicos dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, que solamente se encuentran bajo la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. El segundo mecanismo es la desconcentración, que consiste en la asignación de atribuciones que realiza la ley a un órgano de inferior jerarquía para resolver sobre determinadas materias o en un determinado territorio, manteniendo la dependencia y subordinación al organismo superior¹³. Por su parte, la delegación es la entrega de facultades esencialmente revocables que realiza un superior jerárquico a un funcionario de su dependencia mediante un acto administrativo, la que puede ser de atribuciones y facultades, de firma y de representación. El cuarto mecanismo establecido en el artículo 37 de la Ley 18.575 es encomendar acciones y entregar en administración autorización que para las municipalidades se encuentra establecida en el artículo 8° inciso primero de la Ley 18.695. Consiste en la facultad que tienen los servicios públicos previa autorización legal de encomendar la ejecución de acciones o la administración de bienes de su propiedad a las Municipalidades o entidades de derecho privado, para lo cual deberán celebrarse contratos que aseguren los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado. El último mecanismo es la transferencia de competencias, que consiste en transferir las funciones de un servicio público a otro en aquellos lugares en los que no existe, para lo cual los jefes superiores de los servicios deberán celebrar un convenio, el que será aprobado por decreto supremo suscrito por los Ministerios respectivos o por resolución del intendente, en el caso de servicios de competencia regional¹⁴.

¹³ En acta del Consejo de Estado durante la revisión del anteproyecto de Constitución presentado por la comisión redactora, se señaló al analizar el artículo 107 del anteproyecto (artículo 114 actual) que la "desconcentración" implica "...solamente delegación de facultades de los servicios nacionales en las autoridades regionales, delegación a la cual puede ponerse término por el servicio central".

¹⁴ Baeza Fernández, Rodrigo: *Manual Jurídico Municipal*, Corporación de Promoción Universitaria (CPU), Centro para el Desarrollo Comunal y Regional, Serie Estudios Municipales N° 13, Santiago de Chile, 2004, p. 25.

VI. Análisis de la descentralización en Chile

Muchos de los problemas del centralismo que afectan a Chile superan incluso el ámbito normativo. El país no requiere sólo de una legislación que otorgue garantías de descentralización, siendo incluso más importante generar primero la convicción en las autoridades, funcionarios y sociedad en general de que los pasos que se dan en este sentido son los adecuados y necesarios para un mejoramiento sustancial en la gestión de la administración pública. Para el ex Contralor General de la República de Chile Arturo Aylwin Azócar, los cambios legislativos deben consistir sólo en profundizar de manera gradual y flexible el proceso descentralizador y en solucionar los problemas de interpretación o manejo indebido de las funciones públicas. Para él "...la experiencia comprueba que más allá de las normas, subsisten hábitos de centralismo, que importan desconocimiento de las mismas o renuencia a acatarlas (...) como el no ejercicio de facultades que se tienen, como ocurre a veces con las Secretarías Regionales Ministeriales, la no dictación de los reglamentos regionales que consulta la legislación, la escasa celebración de convenios de programación entre Ministerios y los Gobiernos Regionales y el menguado número de convenios intermunicipales para realizar servicios, obras o acciones comunes"¹⁵.

Se requiere de una voluntad política y administrativa que encamine a Chile hacia la descentralización. Para ello es necesario que las normas existentes y que permiten su concreción sean cumplidas por los agentes responsables de este proceso. Además, los actores directamente afectados deben conocer bien las repercusiones de la descentralización y capacitarse en forma adecuada para permitir su éxito. Cada órgano de la administración del Estado debe conocer y respetar el rol que le asignan la Constitución y las leyes, tomando la precaución de no entrometerse en áreas de competencia de otros órganos. Muchos abusan de su poder político o decisorio e intervienen insolentemente los ámbitos de actuación de otros órganos.

Es por ello importante definir de manera coherente y a nivel nacional la política que se seguirá en esta materia. A pesar de lo planteado por las autoridades políticas respecto al proceso de descentralización que vive el país y lo señalado en los discursos presidenciales desde el retorno de la democracia, vemos con sorpresa que las más importantes inversiones y planes del Estado se realizan en la Región Metropolitana. No sorprenden en este sentido los anuncios realizados por algunas autoridades en orden a crear y desarrollar en Chile una gran macrozona central, que en el marco de la globalización entregue a la capital las competencias necesarias para competir con las ciudades más importantes del

¹⁵ Aylwin Azócar, Arturo: "Minuta sobre algunos aspectos políticos institucionales del proceso de descentralización", en: *Reflexión y análisis del proceso de descentralización en Chile*, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (Editor), 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Santiago de Chile, 1998, pp. 36-44, pp. 39 y siguiente.

globo, de forma de transformarla en un gran centro financiero y de negocios altamente competitivo¹⁶. La inversión privada de los últimos años ha demostrado esa tendencia y los grandes proyectos que se vislumbran en el futuro próximo no hacen más que confirmar esa tendencia. Si a eso sumamos la existencia en Santiago de los principales centros universitarios y de investigación, junto con los principales actores políticos y privados, llegamos a la clara conclusión de que existe una clara contradicción entre el discurso oficial y la realidad.

Al analizar la estructura de la administración del Estado se puede apreciar claramente su carácter vertical en cuya cúspide destaca el papel del Presidente de la República, quien se es Jefe de Estado y de Gobierno, quedando todos los órganos bajo su subordinación y jerarquía. No existe en este sistema la posibilidad de una autonomía real, en la que se le entreguen a otros órganos del Estado funciones de gobierno. El Poder Ejecutivo funciona de este modo en forma cohesionada a través de su cúpula, quien es la responsable y encargada del gobierno y administración interior del Estado. Sólo para facilitar su tarea y conseguir llegar a todos los sectores de la sociedad concibe una descentralización o desconcentración de funciones, pero sólo en materias administrativas.

VII. Conclusiones

Uno de los grandes desafíos del nuevo Gobierno en Chile y uno de los problemas que ha afectado a esta nación desde los albores de su vida independiente es la enorme hegemonía que ejerce la Región Metropolitana sobre el resto del territorio. Una de las principales causas que motivaron los ensayos federales de 1826 fue poner fin a esta hegemonía de la capital, "...que ponía en manos de aquella la casi totalidad de las entradas de la nación, dejando en un abandono completo las provincias"¹⁷. Se debe propender entonces a generar los mecanismos de desarrollo que permitan a todas las fuerzas vivas de los distintos sectores de la República un crecimiento similar.

En sesión de 20 de junio de 1991, durante el estudio de la reforma constitucional de 1991, las comisiones unidas escucharon al Ministro del Interior de la época, don Enrique Krauss Rusque, sobre el contenido y propósitos que

¹⁶ González Torres, Rodrigo: "Reflexión y análisis del proceso de descentralización en Chile", en: *Reflexión y análisis del proceso de descentralización en Chile*, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (Editor), 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Santiago de Chile, 1998, pp. 57-64. p. 59.

¹⁷ Roldán, Alcibiades: *Elementos del Derecho Constitucional de Chile*, 2ª edición, Soc. Imprenta-Litografía Barcelona, Santiago-Valparaíso, Chile, 1917, p. 92. En ese tiempo se creía que el poder central de un Estado unitario ahogaría las libertades públicas, en cambio, mediante el federalismo se desarrollarían las provincias concluyendo con la hegemonía que tenía la capital. Estévez Gazmuri, Carlos: *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1949, p. 30.

inspiraron la iniciativa en informe. Respecto de la descentralización del país señaló que “más allá de las características estructurales del sentido unitario y centralista que peculiariza la evolución política, económica y social del país, no sólo las aspiraciones programáticas de la Constitución de 1925, sino otras experiencias concretas a lo largo de diferentes gobiernos, han ido demostrando que, al menos intuitivamente, el país político ha entendido que el centralismo es un factor negativo que frustra las aspiraciones de la ciudadanía”¹⁸.

Resulta por ello importante marcar el camino que tendrán que seguir las autoridades para descentralizar efectivamente Chile y evitar que los principios y mandamientos constitucionales queden finalmente como propuestas programáticas sin ejecución. Tenemos ya la experiencia del pasado que nos señala que una declaración constitucional a favor de la descentralización no es suficiente para garantizar su implementación. Es necesario, por tanto, que el legislador dicte los instrumentos idóneos para materializar estos principios constitucionales, lo que permitirá de una vez por todas dotar a Chile de una administración descentralizada. En este orden de cosas el proceso de descentralización no logra entregar mayor gobernabilidad a las bases de forma de generar fórmulas de participación eficientes y democráticas que favorezcan la gestión y eficiencia estatal.

La descentralización existente en Chile la podemos calificar de relativa, ya sea por la designación por parte del gobierno central de parte de sus autoridades, por la falta de facultades exclusivas en las que no intervenga la administración central, por la falta de un financiamiento que garantice la independencia y por el control exhaustivo al que están sometidas estas instituciones por parte del Estado. La distribución de las funciones permitirá asumir a la comunidad local un rol activo en la ejecución de las políticas públicas y una mayor eficiencia en toda la administración. Sólo así se conocerán y aprovecharán las ventajas de asignar funciones desde una autoridad central hacia órganos regionales o locales y se abrirá quizás la puerta a la discusión de una descentralización política que ayude a fortalecer la estructura del Estado.

¹⁸ Citado en el primer informe de la comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, unidas del Senado, recaído en el proyecto de reforma constitucional sobre gobierno y administración regional y provincial y administración comunal, boletín N° 357-06, de fecha 5 de agosto de 1991.

Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos

Carlos Hecker Padilla

Abogado

Magister en Derecho Económico Internacional

Resumen: En su obra *Filosofía y Derechos Humanos*, Angelo Pappacchini define los derechos humanos como aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna.

Esta, por supuesto, es una definición moderna, resultado de una larga evolución que comenzó con la creación de las primeras reglas sociales y que aún hoy no ha culminado. Como veremos en el presente artículo, en este proceso evolutivo pueden distinguirse claramente tres etapas: en la primera, los derechos humanos constituyen más bien prerrogativas de unos pocos privilegiados, sin alcanzar el carácter general que los caracteriza hoy en día; la segunda etapa contempla el período llamado "de la constitucionalización" de los derechos humanos, donde muchos de ellos alcanzan el estatus de *derecho fundamental*, generalizando su campo de protección al abarcar a toda la población. Finalmente, nos encontraremos frente una tercera etapa (época actual), caracterizada por la supranacionalización de estos derechos, vale decir, por una protección que ya no sólo se restringe a su consagración en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos, sino que también del derecho internacional.

Luego, el presente estudio tiene por finalidad analizar minuciosamente cómo ha evolucionado la concepción occidental de los derechos humanos, permitiendo al lector comprender el estado actual de esta materia, y paralelamente crear conciencia de que a pesar de haber conseguido logros importantes, la humanidad tiene todavía mucho camino por recorrer antes de sentirse y declararse satisfecha al respecto.

Los derechos humanos constituyen una noción controvertida, vapuleada por unos y apropiada por otros, y que a pesar de poder parecernos un asunto zanjado en el mundo occidental, se encuentran hoy en día en el centro de las discusiones y análisis jurídicos, como veremos, no sin razón.

Tradicionalmente se considera “que todo comienza con la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, [sin embargo,] a pesar de ser la opinión mayoritaria, [esta afirmación] peca de ser muy restrictiva”¹. Dicho texto de inspiración liberal no es en ningún caso el primero en su género, a decir verdad, no es más que el resultado final de una corriente de pensamiento que no ha cesado de evolucionar desde tiempos inmemoriales.

En este contexto, es posible distinguir tres o incluso cuatro etapas cronológicas relativas a la evolución de los derechos humanos. La primera comprende el período que media entre la antigüedad y 1776, época que se caracteriza por “la formulación de derechos como una reacción contra los excesos del poder absolutista y para la protección de sus personas y bienes, generalmente con el carácter de pacto de atribución de concesiones o privilegios [...] a ciertos grupos, [...] y no de reconocimiento de derechos absolutos y generalizados”². La segunda etapa es aquella que podría denominarse *de los derechos modernos*, que comienza en 1776 con la llamada constitucionalización de los derechos y que se extiende hasta 1948; se trata de un período caracterizado por la consagración a nivel constitucional de dichos derechos, y aun más importante, éstos pasan ahora a ser “reconocidos ya no como privilegios o concesiones a favor únicamente de un grupo o estamento de la sociedad, sino como un concepto general y universal, por considerar que los derechos humanos pertenecen a toda persona”³. La tercera etapa comprende el período desde 1948, en que se dicta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hasta nuestros días, y cuya principal característica la constituye, por una parte, el reconocimiento y protección de los llamados derechos de inspiración social o de segunda generación, y por otra, la internacionalización de los derechos humanos, puesto que su respeto y protección ya no interesa exclusivamente al reducido ámbito estatal, sino que a la comunidad internacional en su conjunto. Durante esta última etapa, hicieron también su aparición los llamados derechos de inspiración tercermundista⁴ o de tercera generación, como lo son el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho de acceso al agua, etc., inspirando a algunos autores a hablar de una cuarta etapa en la evolución de los derechos humanos, incluyendo aquí también todos los derechos derivados del progreso tecnológico, como la bioética⁵. Finalmente debe

¹ El autor agradece a Eduardo Andrades Rivas su colaboración, críticas y opiniones, sin las cuales el presente artículo habría tardado mucho más en ver la luz.

“...que tout commence avec la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, [cependant] quoique très répandue [cette appréciation] est évidemment réductrice” Cabrillac, R., Frison-Roche, M.-A., Reyet, T., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 14^e edición, 2008, pp. 7–8.

² García, J. A., *Teoría de los derechos humanos*, Culiacán, Sinaloa, México, 1991, p. 24.

³ *Ibid.*

⁴ Buscando una expresión menos peyorativa, podríamos hablar de derechos de inspiración moderna o de derechos resultantes de inquietudes actuales.

⁵ Véase. Turpin, D., *Libertés Publiques & Droits Fondamentaux*, éditions du Seuil, Paris, 2004, p. 8 ; Perez Luño, A., *La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales, Problemas de legitimación en el Estado Social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 96 y 97 ; Motello, M., “Los derechos del

agregarse que según algunos habría incluso una quinta generación de derechos, comprendida por aquellos derechos provenientes del movimiento feminista y aquellos relativos al control del cuerpo humano y la genética destinados a protegernos de lo que denominan la mercantilización del interior de la vida⁶. Ahora bien, ya que a nuestro juicio lo anterior no es más que una discusión terminológica, seguiremos el criterio tradicional que distingue sólo tres grandes etapas en la evolución histórico-jurídica de los derechos humanos y que engloba las distintas generaciones en que pudieren dividirse estos últimos.

1. Primera etapa: Situación de los derechos humanos desde la antigüedad hasta 1776

a) Los derechos humanos en la antigüedad

Gran parte de la doctrina estima que durante la antigüedad la noción de derechos individuales era desconocida y que “[la] omnipotencia sagrada del Estado le confería un derecho ilimitado, frente al cual la pretensión a cualquier derecho del individuo hubiera parecido sencillamente desprovista de todo sentido”⁷. No obstante estas ideas preconcebidas, si efectuamos un análisis más profundo de los textos antiguos, veremos que es posible encontrar varias referencias tanto directas como indirectas a los derechos humanos, aunque evidentemente sólo se trate de una redacción casuística y no de declaraciones de principios a las que estamos acostumbrados en la actualidad.

De este modo, ya en el código de Hammurabi, realizado hacia el año 1769 a.C. es posible encontrar algunos esbozos de reconocimiento de ciertos derechos humanos, y más importante aún, de su prólogo puede desprenderse que las leyes que lo componen tienen un origen divino⁸ y que en consecuencia incluso el soberano debe someterse. Este texto regulaba “la conocida Ley del Talión, estableciendo el principio de proporcionalidad de la venganza, es decir, la relación entre la agresión y la respuesta. En su momento supuso una innovación (aunque hoy nos parezca un principio extremadamente brutal), ya que era una

hombre de las tercera y cuarta generaciones”, in *Estudios de derecho procesal –nuevas demandas– nuevas respuestas*, v. 2, Platense/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 943–951.

⁶ Gallardo, H., “Nuevo Orden Internacional, derechos humanos y Estado de Derecho en América Latina”, en *Revista Crítica Jurídica* N° 22 (julio/agosto 2003), p. 260.

⁷ Lions, M., “Los derechos humanos en la historia y en la doctrina”, en René Cassin y otros, *Veinte años de evolución de los derechos humanos* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM), 1974, p. 480.

⁸ “Luego, Anu y Bel me llamaron por mi nombre, Hammurabi, el príncipe glorioso, que teme a Dios, y me exhortaron a instituir la autoridad de la justicia en este país, a destruir a los malvados y a los malhechores, con la finalidad de que los más fuertes no sean capaces de causar perjuicio a los más débiles; para que yo gobierne al pueblo de las cabezas negras a la manera de Shamash y que ilumine el país para favorecer el bienestar de la humanidad”, traducción del acadio al francés por fray Jean-Vincent Schneil.

forma eficaz de contención de la venganza sin límite a la cual anteriormente estaban sometidas las personas. El Código no distingue entre derecho civil y derecho penal, simplemente se trata de una sucesión de leyes que enumeran las situaciones posibles y cómo se debe proceder en consecuencia”⁹.

Analizando el fondo del texto, podemos encontrar en el artículo 2¹⁰ una referencia indirecta al derecho de propiedad, según el cual “[s]i uno embrujó a otro y no puede justificarse, el embrujado irá al río, se arrojará; si el río lo ahoga, el que lo ha embrujado heredará su casa; si el río lo absuelve y lo devuelve salvo, el brujo es condenable a muerte y el embrujado tomará su casa”. Aun cuando se trate de un artículo perteneciente a la esfera del derecho penal, resulta posible entrever la existencia de un derecho de propiedad primitivo, perceptible gracias al uso de expresiones como *heredará su casa* o *tomará su casa*.

Es cierto que resulta difícil afirmar que aparezca en forma clara el derecho de propiedad en esta norma, puesto que para ello sería necesaria una protección jurídica de la cual carece, sin embargo, a nuestro parecer se trata de una disposición interesante, que permite apreciar, aunque de forma primitiva, la existencia de cosas que pertenecen a alguien y que no se encuentran sujetas directamente a la potestad real.

El mismo cuerpo legal nos muestra en su artículo 127, esta vez con una claridad bastante mayor, una referencia al derecho al honor. Según él, “[s]i uno ha dirigido su dedo contra una sacerdotisa o la esposa de otro, y no ha probado, se lo arrojará ante los jueces y se marcará su frente”. Aquí estamos realmente en presencia de un derecho claramente reconocido y cuyo goce se encuentra garantizado en virtud de una severa sanción impuesta contra quien lo infrinja.

Estos ejemplos, a pesar de tratarse de casos específicos tratados en forma casuística y primitiva, nos demuestran que los derechos del hombre han sido desde siempre objeto de estudio y de una más o menos exhaustiva protección, por lo que sería erróneo sostener que durante la antigüedad el poder del gobernante no tenía límite alguno.

Pero para encontrarnos frente a derechos elaborados de forma más moderna y similar a la actual hay que esperar la llegada de los siglos V y IV a.C. en Atenas,

⁹ “... la coneguda Llei del Talió, establint el principi de proporcionalitat de la venjança, és a dir, la relació entre l’agressió i la resposta. En el seu moment va suposar una innovació (encara que ara ens sembli un principi extremadament brutal), ja que era una forma eficaç de contenció de la venjança sense límit a la qual anteriorment estaven sotmeses les persones. El Codi no distingeix entre dret civil i dret penal, simplement és una successió de lleis que enumeren els possibles casos i el que s’ha d’obrar en conseqüència”. Disponible en el sitio web catalán de Amnistía Internacional <http://www.amnistiacaatalunya.org/edu/cat/historia/inf-orig.html> (Consulta: 18 de abril de 2010)

¹⁰ Resulta importante precisar que el texto original no se encuentra dividido en artículos. El articulado actual es una división arbitraria creada hacia 1902 por su traductor Jean-Vincent Schneil.

gracias a la democracia directa de Pericles. Se trata de una sociedad igualitaria donde todos los ciudadanos, ricos como pobres, contribuyen en la gestión de la agenda pública¹¹; igualdad que, es preciso aclarar, no se encontraba fundada en la naturaleza humana, sino en la calidad de *ciudadano de la polis*, por lo que las mujeres y los esclavos carecían prácticamente de todo derecho.

La libertad de que gozaban los ciudadanos les otorgaba un cierto número de derechos, como la *isegoria*¹², la *isogonia*¹³, la *isokratia*¹⁴, el derecho a la vida¹⁵, la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, la libertad de movimiento, etc.¹⁶; sin embargo, dichos derechos así concebidos no podrían constituir exclusivamente ventajas, pues iban siempre unidos a sus correlativos deberes; en este sentido, los ciudadanos estaban siempre sujetos a un sistema de responsabilidad muy riguroso que incluso podría llegar a privarlos de parte o incluso de la totalidad de sus derechos, en caso de no dar cumplimiento a sus deberes¹⁷.

Pero quizás la innovación más interesante aportada por la Grecia clásica tuvo lugar en materias como la creación de leyes y la administración de justicia, así gracias al código de Dracón (reemplazado posteriormente por el de Solón debido a la severidad extrema de sus preceptos) la autoridad de la aristocracia fue poco a poco siendo sometida al poder de la ley. Con sus diversos pensadores, esta época fue muy importante para el desarrollo de distintas concepciones filosóficas que permitirán, algunos siglos más tarde, el desarrollo de teorías que desembocarán en el reconocimiento de los derechos humanos y su posterior consagración en textos legales.

Es en Roma y con mayor precisión en la Ley de las Doce Tablas, donde se logra por primera vez llevar al campo jurídico el desarrollo del pensamiento helénico, permitiendo establecer una reglamentación mucho más compleja en relación a la persona humana. Así como lo hicieron los griegos, los romanos fundaban su sistema jurídico-político en la noción de ciudadano (*Cives* y *Pater Familias*), única persona susceptible de ser considerada como sujeto de derecho por derecho propio (*sui iuris*); pero “[a]unque la aplicación práctica del concepto de individuo libre sea restringida, la Ley de las XII Tablas [...] no deja de reflejar un espíritu de libertad, ya que asegura a cada ciudadano la libertad, la propie-

¹¹ Lions, M., op. cit., N° 7, pp. 480–481.

¹² Igualdad en el derecho a expresarse ante las asambleas políticas.

¹³ Igualdad por causa de nacimiento.

¹⁴ Igualdad de poder.

¹⁵ Derecho respetado sólo en ciertas polis, principalmente en Atenas; pero infringido sistemáticamente en otras, como era el caso de Esparta.

¹⁶ Porrua, F., “Bosquejo histórico de las garantías individuales o derechos humanos de la antigüedad hasta la Constitución Mexicana de 1824”. *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 20, México, 1990, p. 122.

¹⁷ Cabrillac, R., Frison-Roche, M. A., Revet, T., op. cit., N° 1, pp. 8–9

dad y la protección de sus derechos”¹⁸. Sin embargo, hacia el siglo III a.C., la situación variará radicalmente, pues a pesar de conservar sus derechos civiles y políticos, el poder absoluto del *Pater Familias* sobre el resto de su familia (*alieni iuris*) irá menguando en provecho de estos últimos, que ya no son considerados como parte de una universalidad jurídica, sino como verdaderos seres humanos capaces de acceder y gozar de derechos que antes carecían¹⁹.

Es esta República Romana²⁰ la que permite dicha evolución del pensamiento jurídico, por cuanto establece ciertas reglas o virtudes republicanas que van modernizando el trato hacia la persona; la más importante de dichas virtudes es la *humanitas*, rasgo distintivo de la civilización clásica cuyo origen se encuentra en Grecia algunos siglos atrás. En todo caso, y aun cuando “[l]a consideración del hombre como individuo es en verdad un aporte de Grecia, [es Roma la que le] atribuye su calidad política activa, es decir, la de ciudadano. Se sabe que el hombre es hijo de Dios (o de los dioses, en el concepto de la Roma pagana) y por ello su vida y honor tienen un carácter casi sagrado”²¹.

El derecho a la vida es entonces uno de los más importantes derechos humanos que comenzaban a desarrollarse tímidamente. De este modo, se decidió la protección del *nasciturus* desde el momento de la concepción²², no sólo en lo que respecta a sus derechos eventuales relativos a los bienes, sino que pasa a ser considerado como un ser vivo, un germen de persona humana, a quien sólo le falta el nacimiento para adquirir dicha condición. Un razonamiento como el recién expuesto tuvo importantes consecuencias en materia jurídica, tales como diferir la ejecución de la sentencia que condena a muerte a la mujer embarazada o impedir la aplicación de torturas o tormentos de cualquier tipo sobre su persona²³.

Si la vida del *nasciturus* fue protegida, *a fortiori* lo fue también la de las personas (tanto *sui iuris* como *alieni iuris*) y posteriormente también la de los esclavos, aun cuando estos últimos fueron durante largo tiempo considerados sólo como cosas, y como tales, pertenecientes al derecho de los bienes. Esta evolución introdujo importantes modificaciones en la cotidianidad romana; así, el *Pater Familias* pierde el derecho de aplicar el *ius vitae et necis* (derecho

¹⁸ Lions, M., op. cit., N° 7, p. 481

¹⁹ Costa, J.-C., *La condición de la persona en Roma y los derechos humanos*, Aequitas Virtual, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Del Salvador, Buenos Aires, Argentina, pp. 5-8.

²⁰ 509 a.C. - 27 a.C.

²¹ Andrade Rivas, E., *Apuntes de Historia del Derecho*, Universidad Del Desarrollo, Chile, 2009, p. 8.

²² Costa, J.-C., *Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracon-temporánea*, Aequitas Virtual, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Del Salvador, Buenos Aires, Argentina, p. 2 <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nodos/NASCITURUS.pdf> (Consulta: 20 de abril de 2010).

²³ *Ibid*, p. 7.

a la vida y la muerte) sobre sus hijos sin el acuerdo del resto del núcleo familiar y sobre su mujer bajo cualquier respecto; se considera asimismo como "homicida" al amo que toma la decisión de matar a su esclavo sin motivo justificado; etc²⁴.

Otros derechos reconocidos por los romanos eran el derecho de propiedad, la *provocatio ad populum*²⁵, la *Tria nomina*²⁶, el *ius suffragii*²⁷; pero sin lugar a dudas, el derecho más importante era el hábeas corpus, en que en virtud del *Interdictum de homine libero exhibendo*, el magistrado podía solicitar la exhibición del hombre libre injustamente detenido o condenado²⁸. Dentro de esta evolución relativa a la protección de la persona, podríamos también agregar que en el año 212 el emperador Antonino Caracalla otorgó la ciudadanía a todos los hombres libres de Roma; sin embargo, debemos recalcar que aquello no se trató de un gesto altruista ni destinado a otorgar mayores libertades públicas a los habitantes, sino que simplemente fue una maniobra tendiente a recolectar una mayor cantidad de impuestos para financiar los gastos del Imperio.

Por último, no debe olvidarse la influencia que el cristianismo tuvo en la evolución del pensamiento jurídico romano en relación con los derechos humanos. En este sentido, ciertas contribuciones deben destacarse debido al impacto que tuvieron en los años venideros; así, surge la obligación para el emperador de gobernar en pos del bien común; desaparece progresivamente la esclavitud; se hace ilícita la utilización de un derecho para perjudicar a un tercero (forma arcaica de la teoría del abuso del derecho); surge la idea de la función social de la propiedad, etc. Pero la contribución quizás más interesante consiste en un cambio profundo en la concepción relativa a los orígenes de los poderes y obligaciones del soberano; así, Teodosio II y Valentiniano III proclaman en 429 que "es propio de la dignidad del que reina declararse sujeto a las leyes. Nuestro poder no es otro que el poder de las leyes y hay algo más grande que mandar, que es someter su poder a las leyes"²⁹.

Podemos entonces constatar que durante la antigüedad los derechos humanos no eran en ningún caso una noción desconocida, y que al contrario, formaban parte de diversos sistemas jurídicos alcanzando un nivel de desarrollo considerable, que lamentablemente involucionó en el Medioevo luego de la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476.

²⁴ *Ibid.*, p. 8.

²⁵ Derecho a apelar respecto de la aplicación de penas abusivas o injustas (en especial la pena de muerte) ante el pueblo reunido en comicios.

²⁶ Derecho a tener un nombre y poder utilizarlo.

²⁷ Derecho a voto.

²⁸ Kishimoto, C., "Hábeas corpus" en V.A. *Garantías Constitucionales*, Editorial Suárez, Mar del Plata, Argentina, 1997. Disponible en internet <http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/E-3.pdf> (Consulta: 19 de abril de 2010). Véase Costa, J.-C., *Op. Cit.*, n° 22, p. 8.

²⁹ Andrades Rivas, E., *op. cit.*, N° 21, p. 34.

b) Los derechos humanos en la Edad Media

Generalmente se asocia la Edad Media con una época oscura dominada principalmente por la superstición y donde los abusos contra la persona y demás derechos emanados de dicha condición estaban a la orden del día. Sin embargo, si bien algo puede haber de verdad en ello, dicha visión no refleja la real situación del desarrollo jurídico en materia de derechos humanos, el cual permitió la aparición de diversos e importantes mecanismos tendientes a la protección de la persona.

Después del desplome del Imperio Romano de Occidente con la abdicación de Rómulo Agústulo en el 476, la Europa occidental se encontró acéfala; aprovechándose de esta anarquía y sobre sus cenizas, varios pueblos bárbaros establecieron sus propios reinos (visigodos, francos, vándalos, etc.). Dichos pueblos, con una ciencia jurídica bastante menos desarrollada que la romana, impusieron su nuevo derecho en la totalidad del territorio que ahora ocupaban; pero, y tal como veremos, la influencia que el Derecho Romano y el cristianismo dejaron sobre ellos es incuestionable.

En primer lugar, debe precisarse que es justamente bajo la fe católica que los diversos reinos encuentran un punto de unión; Europa como tal no existía, sino que era la Cristiandad. El Derecho no pudiendo escapar a esta realidad se ve fuertemente influenciado por la religión (sin llegar al extremo de confundirse con ella como es el caso de otras culturas, especialmente la Islámica) lo que nos permite visualizar a partir de la Alta Edad Media algunos ejemplos interesantes de protección de los derechos humanos.

Así, entre los órganos políticos del Reino Visigodo, encontramos los Concilios Nacionales de Toledo, los que, entre otras actividades, velaban por la integridad de los gobiernos. En relación con nuestro tema de estudio, en el año 683, bajo el gobierno del Rey Ervigio, el XIII Concilio de Toledo crea el llamado Habeas Corpus Visigodo, del cual se beneficiaban los miembros del Aula Regia³⁰ y del Oficio Palatino³¹, y según el cual los miembros de dichos órganos no podrían ser detenidos ni privados de la posesión de sus bienes en ausencia de indicios graves y de un proceso previo en su contra.

Ahora bien, ejemplos como el que acabamos de destacar son en realidad situaciones de excepción en una época en que la pirámide social permitía la perpetración impune de prácticamente cualquier tipo de abuso, aceptando incluso

³⁰ Órgano compuesto por miembros de la nobleza que tenía como misión aconsejar al rey en las cuestiones del reino, tanto civiles como militares, y en lo concerniente a la administración de justicia.

³¹ Órgano de carácter burocrático que tenía a su cargo las distintas ramas de la administración pública.

de hecho (pero no de *iure*³²) la esclavitud en la persona del sirvo o vasallo. Hubo que esperar varios siglos para que hiciese su aparición un nuevo texto que sometiese el poder real a las leyes; fue en 1188, bajo el reinado de Alfonso IX y con ocasión de la convocación de las Cortes Leonesas, que se redactó la llamada Carta Magna Leonesa. Se trató de un texto muy innovador para su época y garantizaba entre otros la inviolabilidad del domicilio³³, la obligación para el Rey de convocar las Cortes antes de decidir si entrar en guerra o firmar la paz³⁴, la sanción para el juez en caso de negación de justicia³⁵, etc. Pero no es sino hasta 1215 en que aparece la más conocida e importante de las declaraciones medievales relativas a los derechos humanos y a las libertades; se trata de la Carta Magna de Juan sin Tierra.

La idea de este nuevo documento consistía en limitar el arbitrio real³⁶, para ese entonces ilimitado; es así como gracias a sus disposiciones "la Carta Magna sirve de fundamento a tres ideas esenciales que la historia inglesa permitió desarrollar: el gobierno sometido a la ley (*rule of law*), la separación de poderes gracias al lazo existente entre el impuesto y la representación en el Parlamento (no hay imposición sin representación) y la garantía de las libertades"³⁷.

Su disposición más conocida es el artículo 39, según el cual "[N]ingún hombre libre³⁸ podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier

³² Debe tenerse en cuenta que se trataba de una sociedad profundamente católica, y que dicha religión defendió siempre la idea de que todos los hombres son hijos de Dios y que en virtud de dicha condición, nadie puede ser sometido a la esclavitud. Sin embargo, ciertas excepciones se permitieron, como fue el caso de los árabes y judíos, quienes por no formar parte de la sociedad cristiana, podían en ciertos casos (principalmente por causa de una guerra) ser esclavizados.

³³ "Establezco además que ni yo ni nadie de mi reino destruiremos o invadiremos casa ajena ni cortaremos viñedos o árboles de otros".

³⁴ "Juro también que ni yo ni nadie entraremos por fuerza en casa de otro ni haremos daño en ella ni en su heredad".

³⁵ "Decreto también que si algún juez negase justicia al querellante o la postergase maliciosamente y hasta el tercer día no aplicara el derecho, aquél presente ante alguna de las nombradas autoridades testigos por cuya declaración se manifieste la verdad del hecho; y oblíguese a la justicia a pagar doblados al querellante tanto la cuantía de la demanda como los gastos. Si por casualidad todos los jueces de aquella tierra negaran justicia al querellante, presente el testimonio de buenos hombres, por medio de los cuales pruebe (sus derechos); y luego, sin incurrir en pena, tome prenda en lugar de los jueces y alcaldes tanto por la cuantía de la demanda como por los gastos, para que los justicias le paguen el doble, y también paguen el doble por el daño que pudiera sobrevenir a aquel a quien prendara".

³⁶ Si bien la Carta Magna ha pasado a la historia como un triunfo de los defensores de los derechos humanos, no debe olvidarse que su real fundamento se encuentra en presión ejercida sobre la persona del Rey por los barones y otros "notables" del reino, quienes condicionaron su apoyo a una serie de condiciones y concesiones que se verían plasmadas en aquel documento.

³⁷ "...la Magna Carta est à l'origine de trois idées essentielles dont l'histoire anglaise a permis le développement : le gouvernement par la loi (*rule of law*), la séparation des pouvoirs grâce au lien entre l'impôt et la représentation au Parlement (pas de taxation sans représentation) et la garantie des libertés", Digithèque MJP, Université de Perpignan <http://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1215.htm> (Consulta:

²⁰ de abril de 2010).

³⁸ Es importante precisar que en el lenguaje de la Carta Magna, la expresión "hombre libre" equivale a hidalgo o miembro de la baja nobleza en Castilla, no a "commoner", que era el plebeyo.

otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino". Esta norma resulta fascinante, puesto que establece una verdadera prohibición de detener a una persona sin motivo, y a pesar de su similitud con el Hábeas Corpus Visigodo, la Carta Magna denota una evolución notable en materia de razonamiento jurídico, permitiendo la aparición de una diferencia substancial entre ambos textos: la protección ya no está exclusivamente destinada a proteger a miembros de la nobleza, sino que a todo hombre libre del reino.

Ahora bien, limitar el análisis de este texto al solo artículo 39 sería un error; ya que la Carta Magna garantiza también una serie de derechos individuales y colectivos, tales como la libertad de movimiento³⁹, la imposibilidad de procesar a alguien sin medios de prueba que justifiquen tal decisión, etc. Sin embargo, a nuestro juicio, la disposición más importante de este texto es el artículo 61, el cual establece todo un sistema destinado a reparar el daño causado por el incumplimiento a alguna de las normas de la Carta Magna, pero más importante aun, gracias a esta norma el rey subordina su poder expresamente a las leyes, pudiendo, al menos en teoría, ser juzgado y condenado en caso de violar alguna de las normas⁴⁰.

³⁹ "Art. 41 "Todos los mercaderes podrán entrar en Inglaterra y salir de ella sin sufrir daño y sin temor, y podrán permanecer en el reino y viajar dentro de él, por vía terrestre o acuática, para el ejercicio del comercio, y libres de toda exacción ilegal, con arreglo a los usos antiguos y legítimos. Sin embargo, no se aplicará lo anterior en época de guerra a los mercaderes de un territorio que esté en guerra con nosotros. Todos los mercaderes de ese territorio hallados en nuestro reino al comenzar la guerra serán detenidos, sin que sufran daño en su persona o en sus bienes, hasta que Nos o nuestro Justicia Mayor hayamos descubierto como se trata a nuestros comerciantes en el territorio que esté en guerra con nosotros, y si nuestros comerciantes no han sufrido perjuicio, tampoco lo sufrirán aquéllos".

Art. 42 "En lo sucesivo todo hombre podrá dejar nuestro reino y volver a él sin sufrir daño y sin temor, por tierra o por mar, si bien manteniendo su vínculo de fidelidad con Nos, excepto en época de guerra, por un breve lapso y para el bien común del Reino. Quedarán exceptuadas de esta norma las personas que hayan sido encarceladas o puestas fuera de la ley con arreglo a la ley del reino, las personas de territorios que estén en guerra con Nos y los mercaderes –que serán tratados del modo indicado anteriormente".

⁴⁰ Art. 61 "POR CUANTO HEMOS OTORGADO TODO LO QUE ANTECEDE por Dios, por la mejor gobernación de nuestro Reino y para aliviar la discordia que ha surgido entre Nos y nuestros barones, y por cuanto deseamos que esto sea disfrutado en su integridad, con vigor para siempre, damos y otorgamos a los barones la garantía siguiente:

Los barones elegirán a veinticinco entre ellos para que guarden y hagan cumplir con todo el poder que tengan, la paz y las libertades otorgadas y confirmadas para ellos por la presente Carta.

Si Nos, nuestro Justicia Mayor, nuestros agentes o cualquiera de nuestros bailios cometiese algún delito contra un hombre o violase alguno de los artículos de paz o de la presente garantía, y se comunicase el delito a cuatro de los citados veinticinco barones, los cuales podrán usar de apremio contra Nos y atacarnos de cualquier modo, con el apoyo de toda la comunidad del Reino, apoderándose de nuestros castillos, tierras, posesiones o cualquier otro bien, excepto nuestra propia persona y las de la reina y nuestros hijos, hasta que consigan efectivamente la reparación que hayan decretado. Una vez obtenida satisfacción, podrán volver a someterse a la normal obediencia a Nos.

Todo hombre que lo desee podrá prestar juramento de obedecer las órdenes de los veinticinco barones para la consecución de estos fines y de unirse a ellos para acometernos en toda la medida de

c) Los derechos humanos en la "América Española"⁴¹

El continente americano fue descubierto en 1492⁴² y como consecuencia de la profunda fe católica profesada por los reyes castellanos, el trato dado a los indios fue objeto de debate desde los primeros años de la conquista; fue aquella inquietud la que dio origen a la noción de "justos títulos personales"⁴³, vale decir, determinar cuál era el estatus jurídico del indígena, cuestión de suma importancia considerando los abusos cada vez más recurrentes cometidos por los conquistadores.

En este sentido, y contra la idea de dichos conquistadores e incluso del mismo Colón, los reyes se inclinaron tímidamente por la idea de dar un buen trato y no esclavizar a los indios, aun cuando no adoptaron realmente ninguna política clara al respecto. Debe recordarse que en aquella época dos importantes tesis se oponían; la primera y más generalizada, influenciada fuertemente por el pensamiento aristotélico, sostenía que los indios debían, por su propio bien, ser esclavizados y considerados como simples cosas, puesto que sufrían de una imbecilidad natural comparable con la de los negros. La segunda tesis, nacida en virtud de los profundos valores católicos de España y compartida por los círculos intelectuales, postulaba que los indígenas poseían un alma y que en consecuencia no se trataba realmente de cosas, sino que de personas⁴⁴.

su poder. Damos permiso solemne e irrestricto de prestar dicho juramento a cualquier hombre que así lo desee y en ningún momento prohibiremos a nadie que lo preste; mas aún, obligaremos a cualquiera de nuestros súbditos que no quiera prestarlo a que lo preste por orden nuestra.

Si alguno de los veinticinco barones muere o abandona el país o se ve impedido por otra razón de ejercitar sus funciones, los restantes elegirán a otro barón en su lugar, según su libre arbitrio, y el elegido prestará el mismo juramento que los demás.

En caso de discrepancia entre los veinticinco barones sobre cualquier asunto que se haya sometido a su decisión, el juicio de la mayoría presente tendrá la misma validez que un pronunciamiento unánime de los veinticinco, tanto si éstos estuviesen todos presentes como si alguno de los convocados estuviera impedido de comparecer o no hubiera querido hacerlo.

Los veinticinco barones jurarán obediencia fiel a los artículos anteriores y harán que sean cumplidos por los demás en la medida del poder que tengan.

No intentaremos conseguir de nadie, ya por acción nuestra ya por medio de terceros, cosa alguna por la cual una parte de estas concesiones o libertades pueda quedar revocada o mermada. Si se consiguiese semejante cosa, se tendrá por nula y sin efecto y no haremos uso de ella en ningún momento, ni personalmente ni a través de terceros".

⁴¹ Habla de los veinticinco barones del Reino de Castilla o de España con el objeto de simplificar la lectura. El Estado español como lo conocemos hoy (aun cuando se trata de un tema debatido hasta nuestros días) no hizo su aparición sino hasta 1876 bajo el reinado de Alfonso XII, en virtud de la llamada Constitución de la Restauración, obra de Antonio Cánovas del Castillo.

⁴² Durante el presente estudio utilizaremos la expresión Descubrimiento de América para señalar el punto de partida de la exploración española en el continente americano. Sin embargo, es necesario precisar que la fecha en que América fue descubierta sigue siendo objeto de debate hoy en día; unos se inclinan por la tesis más conocida considerando que dicho descubrimiento tuvo lugar el 12 de octubre de 1492 con la llegada de Colón a las Antillas. Otros estiman que habría sido realmente Leif Eriksson y sus vikingos los primeros europeos en haberse asentado en el Nuevo Mundo hacia el siglo X, estableciéndose en la zona canadiense de Vinland.

⁴³ Noción opuesta a la de "justos títulos territoriales", vale decir, determinar cuales eran los títulos que justificaban los derechos de la Corona castellana en las tierras del continente americano.

⁴⁴ Rodríguez, N., "La Bula Sublimis Deus. Fundamento de los derechos humanos de los indios", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 32, México 2002, p. 484

La actitud tibia de la Corona se modificará poco tiempo después con un documento de vital importancia que verá la luz en Medina del Campo (Valladolid) el 23 de noviembre de 1504; nos referimos al Testamento y Codicilo de la Reina Isabel I de Castilla, en virtud del cual solicita evitar cualquier daño a los aborígenes e incitar su conversión al catolicismo⁴⁵, siendo aquel texto un vital precedente para la posterior promulgación de las Leyes de Burgos de 1512 y 1513. El segundo antecedente para inclinar la balanza en pos de un mejor trato para los indios fue una dura homilía titulada *Ego vox clamantis in deserto*⁴⁶, pronunciada por Antonio de Montesinos en Santo Domingo en 1551, contra los numerosos abusos cometidos contra los indígenas por parte de los españoles; la conmoción que causó llegó rápidamente a España, donde la Corona decidió someter el asunto a la Junta de Burgos.

Las Leyes de Burgos dictadas por el Rey Fernando II, en cierta medida honrando los deseos de su reina, muerta en 1504, valdrán para ella el título de “promotora de lo que hoy se conoce como derechos humanos”⁴⁷; se trataba de un texto compuesto por 35 leyes⁴⁸ que dio nacimiento a un cuerpo normativo muy elaborado, y al mismo tiempo destinado a la protección de los indios. Entre otros derechos, se contemplaba el buen trato que debía darse a los indígenas, su alimentación, el trabajo alternado en las minas, la prohibición de hacer trabajar a la mujer embarazada y a los niños y niñas menores de 14 años⁴⁹.

Lamentablemente, y a pesar de las leyes en vigor, las malas costumbres existentes en cuanto al trato que se daba a los nativos, no cesaron del todo; en respuesta a ello, surgió una verdadera Carta Magna de la libertad de los indios⁵⁰,

⁴⁵ “Ytem. Por quanto al tiempo que nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las islas e tierra firme del mar Océano, descubiertas e por descubrir, nuestra principal intención fue, al tiempo que lo suplicamos al Papa Alejandro sexto de buena memoria, que nos fizo la dicha concession, de procurar inducir e traer los pueblos dellas e les convertir a nuestra Santa Fe católica, e enviar a las dichas islas e tierra firme del mar Océano prelados e religiosos e clérigos e otras personas doctas e temerosas de Dios, para instruir los vezinos e moradores dellas en la Fe católica, e les ensennar e doctrinar buenas costumbres e poner en ello la diligencia debida, según como más largamente en las Letras de la dicha concession se contiene, por ende suplico al Rey, mi Sennor, mui afectuosamente, e encargo e mando a la dicha Princesa mi hija e al dicho Príncipe su marido, que ansí lo hagan e cumplan, e que este sea su principal fin, e que en ello pongan mucha diligencia, e non consientan e den lugar que los indios, vezinos e moradores en las dichas Indias e tierra firme, ganadas e por ganar, reciban agravio alguno en sus personas e bienes; mas mando que sea bien e justamente tratados. E si algún agravio han rescebido, lo remediën e provean, por manera que no se exceda en cosa alguna de lo que por las Letras Apostólicas de la dicha concession nos es inyungido e mandado”.

⁴⁶ Soy la voz que clama en el desierto.

⁴⁷ De acuerdo a lo expuesto por Monseñor Antonio Cañizares Llovera, Agencia Informativa Católica Argentina (AICA online), 12 de agosto de 2005.

http://aica.org/index.php?module=displaystory&story_id=7630&edition_id=475&format=html&fech=2005-08-12 (Consulta: 20 de abril de 2010).

⁴⁸ En 1512 fueron dictadas las primeras 35 leyes, y posteriormente, en 1513, fueron agregadas otras 4 leyes complementarias.

⁴⁹ Andrades Rivas, E., op. cit., N° 21, p. 203.

⁵⁰ Rodríguez, N., op. cit., N° 44, p. 490.

la Bula Pontificia *Sublimis Deus* de 9 de julio de 1537, en virtud de la cual el Papa Pablo III reconocía la perfecta racionalidad del indio, que eran verdaderos seres humanos capaces de recibir la fe y que no podían ser privados por ningún motivo de su libertad ni de sus propiedades, aun cuando no estuviesen sometidos a la fe de Cristo. Bajo la influencia de este texto, los reyes decretaron rápidamente al indio como una persona y un vasallo de la Corona, lo que tuvo como consecuencia que a pesar de los abusos, la esclavitud no prosperó jamás en Hispanoamérica⁵¹.

Empero, la situación de los indios en América se mantenía crítica, tanto así que el emperador Carlos V⁵² vislumbró incluso la posibilidad de ordenar la retirada de sus nacionales del Nuevo Mundo. No obstante su decepción, y por consejo de Francisco de Vitoria, el emperador estimó imprudente dejar a los indios a su suerte, decidiendo permanecer en América y dictar, en 1542, las Leyes Nuevas⁵³ con el fin de establecer mejoras en cuanto a su protección. Poco tiempo después será su hijo Felipe II quien, siguiendo los pasos de su padre, ordenará en 1573 la modificación de la expresión *Conquista* por la de *Pacificación y población*⁵⁴, con la finalidad de mostrar claramente el espíritu que debía inspirar a todo aquel que quisiera participar en ella.

Podemos constatar fácilmente que la situación ocupada por el hombre en el Nuevo Mundo era un tema de actualidad en las discusiones jurídicas de la época y que nuevamente (así como ocurrió en la época clásica) fue gracias a la influencia de la Iglesia Católica que fueron dictados muchos textos destinados a proteger y mejorar progresivamente la condición de vida de los indígenas, ello a pesar de los numerosos abusos que de facto tendrían lugar y que persistirían durante toda la época llamada indiana. Parece oportuno, a estas alturas del estudio, hacer notar que aun cuando la mayor parte de los países de la Europa Occidental adherían a la fe católica, sólo los soberanos españoles decidieron someter el debate a sus juristas; un verdadero avance en relación a otras potencias coloniales como Portugal y más tarde Inglaterra, Francia, Holanda o Bélgica, donde la cuestión de los derechos de las poblaciones nativas en los territorios ocupados por ellas fue zanjada directamente por sus soberanos decidiendo esclavizarlos o simplemente exterminarlos⁵⁵.

⁵¹ Campos Harriet, F., *Historia Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Chile, 1997, p. 61.

⁵² Carlos I de España.

⁵³ El adjetivo nuevas debe entenderse en relación a las antiguas Leyes de Burgos.

⁵⁴ Capítulo XXIX de las Ordenanzas de 1573: "Los descubrimientos no se den con título y nombre de conquistas, pues habiéndose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos, no queremos que el nombre dé ocasión ni color para que se pueda fazer fuerça ni agravio a los indios".

⁵⁵ Andrades Rivas, E., op. cit., N° 21, p. 202.

2. Segunda etapa: Los derechos humanos entre 1776 y 1948

Esta segunda etapa en la evolución de los derechos humanos no es tan extensa cronológicamente como la primera, sin embargo, el desarrollo vertiginoso de ideas liberales, así como de la ciencia jurídica, que tendrá lugar en este período, harán de él el más importante en lo que concierne los derechos humanos. La razón es simple, tal y como lo hemos señalado, la noción de derechos humanos ya no es aquel concepto restringido y destinado exclusivamente a favorecer a ciertos grupos privilegiados de la sociedad; se trata ahora de un término que se quiere general y universal, y que aspira (fundado en el pensamiento de autores pertenecientes a la escuela del Derecho Natural)⁵⁶ a que toda persona pueda beneficiarse de él, puesto que estos derechos son inherentes a la naturaleza humana.

a) Siglos XVIII y XIX: La constitucionalización de los derechos humanos

Luego de una larga evolución de más de treinta siglos, los primeros derechos humanos modernos reconocidos y protegidos de una manera más o menos cercana a como lo hacemos hoy en día, comienzan a ver la luz gracias a textos de inspiración liberal⁵⁷ creados por jóvenes repúblicas en desacuerdo con las desigualdades y abusos cometidos por los soberanos de las monarquías europeas.

i) *La Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776*

En el siglo XVIII, de la mano con la evolución del pensamiento jurídico, los juristas ya no se sentían en condiciones de tolerar los abusos cometidos por las monarquías tiránicas y despóticas. El ejemplo más evidente de esta evolución fue la guerra de independencia de los Estados Unidos, donde las trece colonias, fundándose esencialmente en los reiterados abusos cometidos por la Corona Británica, decidieron independizarse de la metrópolis en 1775 y proclamaron el 4 de julio de 1776 su famosa Declaración de Independencia⁵⁸, primer texto

⁵⁶ Grocio, Hobbes, Locke, Rousseau.

⁵⁷ Estos textos dieron lugar a los llamados "derechos humanos de primera generación"; derechos civiles y políticos inherentes a todo ser humano frente a la autoridad del Estado y que imponen a este último el deber de respetarlos, generalmente a través de obligaciones de no hacer. En otros términos, el Estado no debe impedir, salvo en los casos previstos por la Constitución, el ejercicio y goce de dichos derechos. Sobre este punto, véase Turpin, D., op. cit., N° 5, p. 7, Aguilar, M., "Las tres generaciones de los Derechos Humanos", en CODHEM, *Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, N° 30, 1998, p. 93.

⁵⁸ Este texto tuvo como antecedente directo la Declaración de Derechos del Estado de Virginia, de 12 de junio de 1776, la cual comprendía principios como el de igualdad, separación de poderes, libertad de prensa, soberanía nacional, etc. Se trata del primer ejemplo moderno en reconocer dichos derechos por escrito, sin embargo su influencia internacional fue escasa en comparación con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) o la posterior Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

moderno en contemplar los derechos humanos más importantes: La vida, la libertad⁵⁹, la búsqueda de la felicidad, etc.

En todo caso, debe recalcarse que este documento no tendría nada de extraordinario si no fuese, por una parte, por el *Bill of Rights*⁶⁰ de 1791, que vino a complementar la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y por otra parte, por tratarse del antecedente principal de la más importante y célebre declaración de derechos humanos de todos los tiempos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

ii) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

A pesar de la importancia de este texto, que merece siempre un examen en profundidad, nos detendremos en él exclusivamente para realizar un análisis somero de los motivos que propiciaron su creación, así como de su contenido y de cuál ha sido su influencia tanto en la evolución del pensamiento jurídico como en los textos posteriores relativos al tema.

Hacia fines del siglo XVIII, la independencia de las colonias británicas en América del Norte y las ideas propias del llamado Siglo de las Luces, comenzaban a preocupar al resto de las monarquías europeas, y no sin razón; esta revolución político-cultural iba a instalarse en la escena mundial para modificarla definitivamente.

Los abusos, el arbitrio del soberano y la desigualdad reinantes en aquella época en Francia se suelen señalar como los causantes de los actos que llevaron a la Revolución⁶¹ y a la consiguiente Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La falta de resultados luego de la reunión de los estados generales convocados por el rey Luis XVI en mayo de 1789, provocó la reacción

⁵⁹ "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness".

⁶⁰ Se trata de un texto que contiene una serie de enmiendas a la Constitución norteamericana, destinadas a proteger su espíritu de libertad, garantizando derechos inalienables y definiendo ciertos principios "fundadores" del modelo norteamericano. De este modo, se encuentran particularmente protegidas las libertades de expresión y de prensa (1ª enmienda), la libertad de poseer armas de fuego (2ª enmienda), la protección contra las requisiciones y allanamientos abusivos (4ª enmienda), la garantía de un proceso justo (5ª enmienda), la protección de los derechos del acusado (6ª enmienda), el principio del veredicto entregado por el jurado (6ª y 7ª enmienda), y la protección contra las penas crueles o desmedidas (8ª enmienda). La 9ª enmienda, por su parte, pretende recordar que las libertades de los ciudadanos norteamericanos son vastas y que no se limitan exclusivamente a aquellas enunciadas por la Constitución y sus enmiendas.

⁶¹ Según muchos autores, se trataría de una afirmación más romántica que real, pues ven en ella más bien excusas destinadas a sublevar al pueblo, siendo las verdaderas causas mucho más complejas. Véase De Tocqueville, A., *L'Ancien Régime et la Révolution*, éditions Gallimard, Francia, 2007, en especial el libro II y específicamente los capítulos I «Pourquoi les droit féodaux étaient devenus plus odieux au peuple en France que partout ailleurs», pp. 85 y ss., y XI «De l'espèce de liberté qui se rencontrait sous l'ancien régime et de son influence sur la Révolution», pp. 191 y ss.

del tercer estado proclamándose Asamblea Nacional, ante lo cual el soberano debe ceder aceptando que la nobleza y el clero puedan deliberar en conjunto con ella. Es así como el 9 de julio del mismo año, los estados generales en su conjunto se autoproclaman Asamblea Constituyente, la cual estaría encargada de crear una nueva Constitución para la nación francesa, disponiendo consiguientemente de poderes superiores a los del mismo rey, y ello, “por cuanto aquélla [debería] establecer cuáles [serían] los derechos y deberes recíprocos [tanto] del rey [como] de la nación”⁶².

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue promulgada el 26 de agosto de 1789; la libertad y la igualdad fueron las mayores victorias del texto. La idea de luchar contra el arbitrio real y que al mismo tiempo, el ejercicio de la libertad no afecte los derechos de otro⁶³, le permitieron alcanzar un nivel de coherencia sin precedentes; en virtud de estos principios y basada en la idea de “[que] ningún ser humano [pueda] poseer un derecho divino a dirigir Francia”, el artículo 3 hizo residir la soberanía en la nación, al mismo tiempo que el artículo 6 disponía que “la ley es la expresión de la voluntad general”. Fueron estas nociones, junto a otras ideas destacables en materia de procedimiento, derecho administrativo y derecho civil, las que hicieron de la Declaración de 1789 un modelo a seguir por los textos constitucionales posteriores.

Su influencia se extendió mucho más allá de las fronteras francesas y asimismo, mucho más allá de las aspiraciones de sus propios autores. Con el Primer Imperio⁶⁴ “[l]a ocupación francesa, la circulación de obras filosóficas y las transacciones comerciales internacionales detonaron el fenómeno revolucionario en el continente”⁶⁵; pero esta inspiración se extendió incluso más allá del Atlántico, influenciando el movimiento independentista de los reinos americanos dependientes de la Corona española, los que una vez independientes, incluyeron los derechos individuales consagrados en la Declaración de 1789 en sus propios textos constitucionales. Por lo demás, “las naciones hispanoamericanas fueron adoptando el sistema jurídico basado en el Derecho Romano por vía de su recepción en la codificación napoleónica, que vino a desplazar paulatinamente al llamado Derecho Indiano, que ya había plasmado las instituciones básicas del Derecho de Castilla en cuanto a la organización de la familia y de la propiedad”⁶⁶.

⁶² ...car elle [devrait] établir quels [seraient] les droits et les devoirs réciproques [tantôt] du roi [tantôt] de la nation”. Nicollier, P., *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789*, Fribourg, 1995, p. 8, <http://www.liberte.ch> (consulta: 19 de abril de 2010).

⁶³ Vidal, F., “Del ius romano a los derechos humanos de la Convención Americana”, p. 13; disponible en el sitio de Internet de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdeliusromano/?searchterm=derechos%20humanos> (Consulta: 20 de abril de 2010).

⁶⁴ Régimen instaurado por Napoleón Bonaparte en reemplazo del Consulado y que se extendió desde 1804 a 1814.

⁶⁵ Nicollier, P., op. cit., N° 62, p. 21.

⁶⁶ Vidal, F., op. cit., N° 63, p. 14.

Durante el siglo XIX la situación de los derechos humanos no evolucionó mayormente, se trata más bien de una época en que los derechos y principios logrados por las jóvenes repúblicas se extendieron por todos los rincones del mundo y se integraron en los distintos sistemas jurídicos y textos constitucionales, inspirados especialmente en la codificación napoleónica. Ahora bien, a pesar de que los derechos humanos permanecieron casi inmóviles durante este período en Europa, la situación en Hispanoamérica fue bastante distinta, no sólo debido a la incorporación de dichos principios en las legislaciones internas, sino que también debido a la aparición de un movimiento abolicionista destinado a proscribir la esclavitud⁶⁷.

Sin embargo, las desigualdades y los abusos no tardarían en reaparecer –quizás sería más honesto decir que jamás desaparecieron del todo–; pero esta vez ya no provenían de antiguas monarquías despóticas, sino que de sus sucesores republicanos, dando nacimiento a las doctrinas sociales, el intervencionismo moderado e incluso el colectivismo marxista⁶⁸.

a) Siglo XX: Desprecio por los derechos humanos y posterior supranacionalización

Es a todas luces evidente que dentro de la llamada época contemporánea la primera mitad del siglo XX fue la más dura para los derechos humanos; dos guerras mundiales y la aparición de corrientes antiindividualistas que mostraban un total desprecio por la persona, pusieron en jaque aquello que demoró tantos siglos en consolidarse.

Luego de la Gran Guerra, la humanidad se encontraba consternada, aparecía como una necesidad imprescindible la creación de un organismo internacional destinado a velar porque atrocidades como las que tuvieron lugar entre 1914 y 1919 no se volviesen a reproducir. Fue entonces creada la Sociedad de las Naciones, destinada a conservar la paz en el mundo (principalmente en Europa), a resolver los conflictos en forma pacífica, y también a mejorar la calidad de vida de las personas; siguiendo este impulso, muchos textos fueron acordados y gracias a ellos fueron reconocidos, por ejemplo, los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas; fue creada la OIT, y los derechos individuales de todo ser humano pasaron a tener un reconocimiento universal⁶⁹.

⁶⁷ Las leyes destinadas a abolir la esclavitud fueron dictadas: en Haití en 1803, en México en 1810, en Chile en 1823, en Colombia y en Panamá en 1851, en Ecuador en 1852, en Argentina en 1853, en Venezuela y en Perú en 1854, en Cuba en 1880 y en Brasil en 1888.

⁶⁸ Lions, M., *op. cit.*, N° 7, p. 484.

⁶⁹ Vidal, F., *op. cit.*, N° 63, p. 14.

i) La corriente antiindividualista

α) El marxismo

A pesar de los muchos y vanos esfuerzos que el mundo hacía en aquella época para evitar que los derechos de las personas continuasen siendo vapuleados, un nuevo peligro amenazaba a Europa; en 1917 había triunfado en Rusia la Revolución Bolchevique, imponiendo sobre la denominada URSS⁷⁰ la doctrina marxista, conduciendo inevitablemente a la negación de cualquier derecho individual, la opresión de la libertad, un desprecio absoluto por el derecho de propiedad, la sistemática persecución de la Iglesia⁷¹ y la contradictoria aparición de una verdadera nueva clase social privilegiada: “Los Jerarcas Comunistas”, que se encontraban muy por encima del resto del pueblo, insensibles con respecto a la suerte de este último⁷². Se trata de la primera de una serie de corrientes antiindividualistas que se propagarían como un cáncer por el mundo y que sumirían nuevamente a Europa en un largo conflicto, pero esta vez a una escala nunca vista.

β) El fascismo italiano

Cinco años más tarde, en 1922⁷³ y como reacción al comunismo hace su aparición en Italia el fascismo. Se trata de una corriente que critica el racionalismo reinante en los siglos XVIII y XIX, y en cierta medida postula una idea de vuelta al pasado, a una época en que “fuerzas oscuras y naturales [actuaban] directamente sobre la afectividad del ser humano: la sangre, la raza, la familia, y especialmente *las tradiciones del pasado*”⁷⁴⁻⁷⁵. La rápida propagación de las ideas marxistas, unida al temor de la sociedad italiana de sufrir ella también la concomitante *nivelación hacia abajo*, provocaron el ascenso al poder de un sistema que despreció los derechos humanos más elementales; el ser humano ya no era considerado más que un simple medio al servicio de un fin superior, el Estado (traducción jurídica de la Nación), el cual trasciende la persona y en el que cada individuo debe encontrarse presto a sacrificarse por él⁷⁶.

⁷⁰ Y también sobre los demás países sometidos a su esfera de influencia.

⁷¹ No sólo la Iglesia Católica fue perseguida, sino que toda organización que celebrara oficios destinados al culto divino.

⁷² Gomez, R., “¿Qué queda del Marxismo?” *Revista Palabra*, octubre de 1983, disponible en Internet http://www.mercaba.org/Filosofia/Marx/marx_06.htm (Consulta: 17 de abril de 2010).

⁷³ El fascismo aparece realmente en Italia en 1919 con la creación de los *fasci italiani di combattimento* (fascios italianos de combate) por parte de Benito Mussolini, pero es recién en 1922 cuando éste comienza a gobernar como Primer Ministro.

⁷⁴ Lions, M., op. cit., N° 7, p. 485.

⁷⁵ Un claro ejemplo de esta vuelta atrás fascista fue el llamado saludo fascista adoptado por Mussolini inspirado en el antiguo saludo romano, y que sería posteriormente incorporado por Adolf Hitler en Alemania y por Francisco Franco en España.

⁷⁶ Lions, M., op. cit., N° 7, p. 487.

La democracia y el sistema liberal eran considerados como mecanismos extremadamente débiles, y por ende incapaces de bloquear la difusión y proliferación del comunismo. De acuerdo a sus postulados, sólo una dictadura potente, dotada de un partido único, sería capaz de llevar al país hacia la gloria que merecía. Pero para lograrlo, las libertades provenientes del siglo XVIII, tales como la libertad de prensa, la libertad de reunión o la libertad de movimiento fueron restringidas y en su momento suprimidas; el derecho de propiedad también se vio afectado, las expropiaciones (sin su correlativa indemnización, claro está) contra los judíos y sus supuestos protectores, y contra los burgueses capitalistas, fueron cada vez más numerosas; peor aún, los arrestos y detenciones arbitrarias, así como el exterminio sistemático de todos los opositores al régimen, fueron tolerados por los dirigentes y por el pueblo imbuidos por un sentimiento nacionalista fanático.

χ) El nacionalsocialismo alemán

Aunque se les suele comparar o incluso asimilar, a diferencia del fascismo italiano, el nacionalsocialismo alemán no aparece como respuesta o reacción a otras corrientes, ni en particular contra el marxismo; se trata del resultado de un pensamiento que venía desarrollándose desde hacía ya varios años, a través de la puesta en práctica, de forma más o menos estricta, de los razonamientos abstractos de grandes autores alemanes como Nietzsche, Spengler y Heidegger.

Claramente se trata de una corriente filosófica mucho más elaborada intelectualmente que el movimiento italiano, aun cuando analizados desde un punto de vista meramente fáctico, ambos actuaron casi de la misma manera. Desde el punto de vista teórico, lo primero a señalar es que para este sistema, el Estado trasciende el ser humano, sin embargo, el primero no es, a su vez, sino un medio al servicio de la más alta finalidad: el *Volk*⁷⁷, entidad superior siempre en busca de la primacía racial y cultural⁷⁸. Por otra parte, y quizás fundada en el pangermanismo del siglo XIX, esta corriente no aspiraba a verse restringida exclusivamente a las fronteras alemanas, se trataba de una verdadera visión de mundo, destinada a mejorar la situación mundial, en crisis en aquella época, como consecuencia de las malas gestiones capitalistas y del comunismo.

Ahora bien, mirado a través de un prisma puramente fáctico, hacia 1933 la República fue rápidamente reemplazada por una dictadura de partido único; la mayor parte de las libertades fueron restringidas; las propiedades de los judíos y de los burgueses fueron expropiadas sin indemnización; los arrestos, deten-

⁷⁷ El término *Volk* significa literalmente "Pueblo", sin embargo, durante los años de gobierno nacionalsocialista, su significación fue excesivamente extendida y manipulada con fines propagandísticos y fanáticos.

⁷⁸ Lions, M., op. cit., N° 7, pp. 487-489.

ciones y deportaciones de homosexuales, opositores al régimen y miembros de *razas inferiores* alcanzaron niveles descomunales, dando lugar a una verdadera carnicería durante la Segunda Guerra Mundial.

ii) El mundo reacciona : “¡Nunca más!”

Como hemos visto, la primera mitad del siglo pasado se vio dominada por una serie de ideologías que negaban el carácter de fin en sí mismo del ser humano; las tres corrientes analizadas mostraron a lo largo del tiempo un total menosprecio por la humanidad y *a fortiori* por los derechos emanados de la personalidad.

Dado el fracaso de la Sociedad de las Naciones, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, surgió la necesidad crear un organismo que fuese capaz de velar por que los derechos humanos fuesen respetados y que al mismo tiempo, pudiese someter, al menos teóricamente, los Estados a su potestad. Fue así como el 24 de octubre de 1945 se ratificó la Carta de Naciones Unidas, donde los estados signatarios se obligaron a promover “el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”⁷⁹, dando lugar al periodo que podríamos llamar de la *Supranacionalización de los derechos humanos*, ya que “su protección ya no sería exclusivamente de la jurisdicción interna de los Estados, sino que ahora de la comunidad internacional; [los países] al tomar mayor conciencia de que las violaciones a los derechos fundamentales trascendían las fronteras nacionales, [consideraron que] se requería de una colaboración interestatal para afrontar eficazmente su protección”⁸⁰.

Desde la creación misma de la ONU, y siempre con el recuerdo de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, los estados se preocuparon de desarrollar instrumentos destinados a promover el respeto y la protección de los derechos del hombre a una escala mucho mayor.

El primer antecedente lo constituye la novena conferencia interamericana de Bogotá, de 30 de abril de 1948, donde dos días más tarde fue aprobada la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el seno de la OEA, reafirmando la existencia de derechos esenciales de toda persona, sin distinción de raza, nacionalidad, religión y sexo. Más tarde, el 10 de diciembre de 1948 fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, texto fundamental que hoy en día constituye uno de los más importantes pilares de la forma contemporánea de concebir al ser humano.

⁷⁹ Carta de Naciones Unidas, art. 1 N° 3 (Capítulo I: Propósitos y Principios).

⁸⁰ Tapia, S., “Breves consideraciones acerca de la Declaración Universal de Derechos Humanos, su contenido y trascendencia internacional”, en *CODHEM, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, N° 22, 1996, p. 267.

3. Tercera etapa: Los derechos humanos a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948

Esta etapa es sin duda la más importante del largo recorrido de los derechos humanos; es el momento en que llegan a término todas las discusiones políticas y filosóficas relativas a los derechos de las personas. La humanidad, consciente de la importancia que debe darse a todo ser humano, y con el fin de que este último pueda desarrollar al máximo sus capacidades, considera indispensable que los derechos y las libertades inherentes a la condición humana sean reconocidos y respetados. Persiguiendo dicha finalidad, varias fueron las declaraciones que se adoptaron, sin embargo y a pesar de las buenas intenciones, las violaciones contra los derechos humanos ha continuado hasta hoy, revistiendo incluso la forma de torturas o de exterminaciones masivas⁸¹.

a) Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948

En el seno de Naciones Unidas fue adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, por 48 votos a favor y ninguno en contra⁸². Su importancia reside principalmente en dos puntos; en primer lugar, se trata del primer texto internacional relativo a los derechos humanos en adoptar la naturaleza de convención⁸³, obligando entonces (al menos teóricamente) a los Estados a respetarla.

Por otra parte, se trata de un texto que no sólo contempla la protección de los derechos humanos llamados "tradicionales", sino que incorpora simultáneamente una serie de denominados derechos "sociales"⁸⁴, como el derecho a la seguridad social; la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad y para el libre desarrollo de la personalidad; el derecho al trabajo; el derecho a formar sindicatos; el derecho a gozar de feriados y vacaciones pagados y periódicos; etc. Estos derechos sociales

⁸¹ Sin perjuicio de que dichas formas de vulneración de los derechos humanos siguen, incluso hoy, teniendo lugar en diversas partes del mundo.

⁸² Debe en todo caso precisarse que se contabilizaron 8 abstenciones (URSS, Unión Sudafricana, Ucrania, Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Arabia Saudita y Bielorrusia), que se explican fácilmente por la delicada situación relativa a los derechos humanos que se vivía en dichos países (Violación sistemática de las libertades en los países del bloque comunista, Apartheid y su implicación en la cuestión de la independencia de Namibia en el caso de la Unión Sudafricana, y el islamismo extremo en Arabia Saudita).

⁸³ Aun cuando la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada con algunos meses de anterioridad, ella no tuvo el carácter de convención, sino solamente de declaración de principios.

⁸⁴ Estos derechos sociales constituyen los que se conoce bajo el nombre de "derechos humanos de segunda generación"; imponen al Estado una obligación de hacer, exigiendo de su parte prestaciones positivas destinadas a satisfacer los derechos de la población, por supuesto, en la medida de lo posible. Véase Turpin, D., op. cit., N° 5, p. 7; Aguilar, M., op. cit., N° 57, p. 93.

son realmente el resultado de una lucha constante entre obreros y patrones durante el siglo XIX (y comienzos del siglo XX) destinada a mejorar la precaria situación de los primeros y que tuvo como consecuencia la consagración de diversos principios dentro de los distintos regímenes jurídicos nacionales; sin embargo cabe precisar que el texto analizado fue el primero en establecer un reconocimiento internacional de dichos derechos, y, aun más importante, con los Estados como garantes de su respeto.

Más allá de todas las alabanzas que puedan formularse a esta Declaración, ella ha sido también el blanco de numerosas críticas. En este sentido, Alfred Verdross remarca, acertadamente a nuestro entender, que uno de los puntos débiles de la Declaración es el hecho de no conferir una acción directa o un derecho de petición hacia los órganos de la ONU con el fin de asegurar la realización efectiva de los derechos, "lo cual demuestra que, a pesar de la Declaración, los individuos siguen siendo meros sujetos de derecho interno y no de derecho internacional"⁸⁵.

Por otra parte, se critica que como la Asamblea General de la ONU no tiene competencia legislativa, la Declaración no sería más que un conjunto de principios sólo obligatorios moralmente; según las palabras del Dr. Lino Rodríguez Arias, habría sido prudente la creación de un órgano permanente, con la fuerza y autoridad suficientes como para forzar a los países a respetar los derechos emanados de la Declaración⁸⁶. Sin embargo, consideramos, al seguir la tesis del reconocido internacionalista uruguayo Héctor Gros Espiell, que resulta posible afirmar que la Declaración tiene valor jurídico y como tal, fuerza obligatoria, ya que constituiría un desarrollo o una interpretación de la Carta de Naciones Unidas, y revistiendo uno de dichos caracteres, debe considerarse obligatoria para los miembros de la ONU en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta, los que recomiendan actuar separada o conjuntamente en vista de lograr un respeto universal efectivo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Otro argumento que apoya nuestra postura es la Proclamación de Teherán de 1968, adoptada unánimemente y la cual, en su artículo 2, dispone que la Declaración de 1948 constituye una obligación para todos los miembros de la comunidad internacional; en otras palabras, ya no se trata de meras líneas directrices a seguir, sino que verdaderas reglas de Derecho destinadas a ser cumplidas y respetadas por los Estados⁸⁷.

⁸⁵ Verdross, A., *Derecho Internacional Público*, 6ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, España, 1978, p. 542.

⁸⁶ Rodríguez, L., *Ciencia y Filosofía del Derecho*, citado por Tapia, S., op. cit., N° 80 p. 274.

⁸⁷ Tapia, S., op. cit., N° 80, p. 275.

b) Otras convenciones relativas a los derechos humanos

Durante los años que siguieron a la Declaración Universal de Derechos Humanos, las naciones, ahora agrupadas en un marco regional, decidieron elaborar sus propias declaraciones, poniendo acento en las particularidades y necesidades propias de cada región, creando al mismo tiempo órganos destinados a la investigación y a sancionar las conductas consideradas como contrarias al libre ejercicio de los derechos por ellas reconocidos. Nos referiremos aquí a dos de las convenciones más conocidas en esta materia: La Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

i) Convención Europea de Derechos Humanos de 1950

El texto fue adoptado por el Consejo de Europa en 1950, teniendo como objetivo, de acuerdo al preámbulo, la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En cuanto a su contenido, no hay realmente una innovación mayor en cuanto a los derechos y libertades protegidos, ya que son prácticamente los mismos que aquellos ya protegidos por una serie de otras declaraciones. Debemos admitir, sin embargo, que este texto tiene la particularidad de actualizarse y por ende mejorarse constantemente a través de protocolos adicionales, entre los cuales encontramos los de: 1952 (derecho de propiedad, elecciones y educación), 1963 (detenciones civiles, desplazamientos y expulsión), 1983 (prohibición de aplicar la pena de muerte en tiempos de paz), 1984 (expulsión de extranjeros, apelaciones en materia criminal, doble incriminación, igualdad entre marido y mujer), 2000 (prohibición general de la discriminación), 2002 (abolición total de la pena de muerte).

Pero lo verdaderamente novedoso de este texto se encuentra en su Título II, con la constitución de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual funciona de forma permanente y que según el artículo 19 tiene como finalidad asegurar el respeto de los compromisos acordados por las Altas Partes contratantes de la presente Convención y de sus Protocolos. Ante la Corte puede acudir cualquier país signatario (art. 33), pero también cualquier persona natural, ONG, o agrupación de particulares que se considere víctima de una violación contra alguno de los derechos reconocidos por el texto (art. 34); sin embargo, y de acuerdo al artículo 35, para que la acción pueda admitirse, es necesario, siguiendo los principios de derecho internacional general, haber agotado todas las instancias de derecho interno.

ii) La Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969

La idea sobre la creación de esta Convención es bastante similar a su homónima europea, pero se diferencian en que la Convención Americana "es un

genuino Tratado Internacional de Derechos Humanos, por cuanto establece obligaciones para los Estados, pero a favor de individuos que están sometidos a su jurisdicción, [no estableciendo] obligaciones entre los Estados; ya que su finalidad específica viene a ser la protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales”⁸⁸. En este sentido, es el artículo 1.1 del texto el que dispone que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

A pesar de dicha diferencia, y tal como lo hemos señalado, las dos convenciones tienen mucho en común; los derechos que garantizan son prácticamente los mismos y los órganos destinados a velar por su protección también lo son, pues ambas disponen de una Comisión⁸⁹ y de una Corte, cada una con funciones y atribuciones similares. No obstante ello, las repercusiones de las decisiones emanadas de cada una difieren bastante entre ambos marcos regionales y ello como consecuencia de diversos factores.

En cuanto al sistema europeo, “[e]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estado en la vanguardia de la comunidad internacional a la hora de establecer, con éxito, una maquinaria institucional que responsabiliza a los Estados de las violaciones de derechos humanos. Es destacable su eficacia, pues sus decisiones son respetadas y ejecutadas de forma prácticamente uniforme por todos los Estados miembros, que reforman regularmente su legislación nacional para cumplir con las sentencias del Tribunal”⁹⁰.

Como puede apreciarse, se trata de una situación que se encuentra lejos de producirse en el continente americano, no como consecuencia de una eventual inactividad de la Comisión o de la Corte Interamericana, sino que es simplemente el resultado de la mala calidad de las reglas destinadas al control del cumplimiento de las sentencias. Si en el viejo continente el Consejo de Europa delegó la tarea de hacer cumplir las decisiones de la Corte al

⁸⁸ Vidal, F., op. cit., N° 64, p. 22

⁸⁹ La Comisión Europea de Derechos Humanos, emanación del Consejo de Europa, fue suprimida en 1998 (al entrar en vigor el segundo protocolo de la Convención Europea de 1994), con miras a acelerar el procedimiento. Véase Dondero, F., “Sistema Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Similitudes y Diferencias”, disponible en el sitio web de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Perú.

http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Ensayo_de_Derechos_Humanos.pdf (consulta: 20 de abril de 2010)

⁹⁰ Kay, R., “The European Human Rights System as a System of Law”, *Columbia Journal of European Law*, 55, 64-67, N° 51 (invierno 2000), citado por Mann, L., “El Tribunal Europeo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Diferencia de Metodología y sus Implicaciones”, p. 48, en Waisman, V., *Cuerpos Nuestros. Redefiniendo la Justicia*, CLADEM, Perú, 2004.

Comité de Ministros, en el seno de la organización americana la situación no resulta clara. En primer lugar, la verificación de la correcta ejecución de sus decisiones corresponde a la misma Corte, pero también a la Comisión, y en último lugar, también a la Asamblea General de la OEA, transformándolo en un sistema complejo y desprovisto de todo poder persuasivo sobre los Estados.

Otra situación que refuerza esta verdadera impotencia jurídica de los órganos interamericanos es el hecho de que Estados Unidos, la nación más poderosa del mundo, aun no ha adherido a la Convención Americana. Dicho Estado, que presume ser la cuna de la libertad y el principal promotor de los derechos humanos y libertades personales en el mundo, con su actitud no sólo expande un mal ejemplo a sus vecinos del Sur, sino que además los alienta a involucrarse en un peligroso doble estatus, evadiendo, por una parte, su responsabilidad dentro del cuadro interamericano, y por otra, dejando a la región desprovista de una cultura de respeto y protección de los derechos humanos, cada vez más necesaria en el mundo globalizado en que nos encontramos⁹¹.

La Corte Penal Internacional constituye un ejemplo de lo que acabamos de exponer. Creada en 1998 en la ciudad de Roma como tribunal independiente y permanente⁹², tiene como objetivo juzgar a las personas acusadas de haber cometido atrocidades como genocidios, limpiezas étnicas y en general, todo tipo de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, a pesar de que por el sólo hecho de existir, ya implique ello una inquietud mundial destinada a la protección de los derechos humanos, el mundo jamás estará a salvo mientras potencias como Rusia, China, Israel o Estados Unidos no ratifiquen el tratado; llegamos así a una paradoja según la cual la segunda mitad del siglo XX y los comienzos del siglo XXI constituyen la época en la cual los derechos humanos lograron por fin el tan anhelado consenso sobre su protección internacional, pero al mismo tiempo se trata del periodo en que más han sido vulnerados.

Para comprender esta reflexión no debe uno limitarse a pensar en que los derechos humanos pueden ser violados exclusivamente en casos de guerra (interna o externa) o similares; hoy en día un nuevo fenómeno viene produciéndose con la deslocalización de empresas y la consiguiente llegada de inversionistas inescrupulosos a países que constituyen verdaderos *paraísos*

⁹¹ Mann, L., op. cit., N° 90, p. 49.

⁹² Estas dos características (independencia y permanencia) suponen un verdadero avance en lo tocante al respeto de los derechos humanos, garantizando el derecho a un proceso justo y llevado a cabo por un tribunal creado con anterioridad a la perpetración de un eventual crimen. La idea principal fue la de evitar desde ese momento los tribunales ad hoc, verdaderas aberraciones jurídicas donde los vencedores hacían las veces de juez y de parte, y donde la sed de venganza era muy superior a la sed de justicia; ejemplo de ello lo constituyen los tristemente célebres procesos de Nuremberg y de Tokio.

*sociales*⁹³; las condiciones de trabajo y de vida de las personas empleadas⁹⁴ por dichas empresas son en muchos casos lamentables, situación susceptible incluso de empeorar si el Estado receptor de la inversión se alía con los inversionistas en la búsqueda de beneficios altos y en corto tiempo, sin preocuparse de las consecuencias⁹⁵.

Pero debe tenerse cuidado con los *a priori*, pues la idea tampoco puede ser la de sostener que los pobres Estados menos desarrollados nada pueden hacer y que se ven entre la espada y la pared sin saber si recibir o no a los malvados inversionistas que quieren aprovechar las ventajas que en sus propios países no poseen. Ello, pues es muy frecuente que la situación en que los desastres económicos que se imputan a la inversión extranjera sean en realidad fruto de malas gestiones y negociaciones por parte del estado receptor de la inversión, y ello a su vez como consecuencia, no de la presión financiera o internacional, sino que de la corrupción o de la simple falta de interés sobre la suerte que pueda correr la población⁹⁶. Por lo que el argumento de infracciones a los contratos o tratados cometidas por los inversionistas son en la gran mayoría de los casos, excusas para evitar indemnizarlos.

Es por ello que en un tema tan delicado como éste, la solución debe buscarse muy cuidadosamente, y creemos haberla encontrado en una incómoda situación intermedia, en que por una parte el Estado y por otra el inversionista respeten los derechos básicos de las personas. Para que lo primero pueda ocurrir, es necesario que se respete la posibilidad de cada Estado soberano de modificar su legislación y adaptarla a los nuevos tiempos, permitiéndoles adaptar sus normativas sociales, de seguridad social, medioambientales, etc.; para que a su vez, la segunda situación tenga lugar, es necesario que los mismos inversionistas sigan normas de conductas acordes con el respeto de los derechos fundamentales, y más importante aún, que los propios Estados receptores de dicha inversión extranjera adopten una actitud fuerte destinada a proteger a sus ciudadanos.

⁹³ Con esta expresión queremos hacer referencia a países cuyos ordenamientos jurídicos, principalmente en materia de derecho laboral o de seguridad social, no propenden a la protección de los trabajadores, sino más bien a la recepción de inversión extranjera a cualquier costo.

⁹⁴ Aunque a veces son incluso entregadas al inversionista como mano de obra esclava.

⁹⁵ El hecho de que un Estado se alíe con los inversionistas en búsqueda de beneficios muchas veces destinados a las castas gobernantes puede parecer extraño o chocante, sin embargo, debe tenerse presente que se trata de una situación lamentablemente frecuente y que en algunos países como Birmania o China constituye la regla general. Para ilustrar estas situaciones recomendamos analizar los casos que han afectado a las empresas UNLOCAL y TOTAL-FINA-ELF en Birmania, ROYAL DUTCH SHELL y CHEVRON en Nigeria, FIRESTONE en Liberia y CHICCO en China.

⁹⁶ Basta analizar someramente algunos casos derivados de la llamada crisis argentina para darse cuenta de lo mal negociados que estuvieron los contratos de concesión del servicio de distribución de agua potable, otorgando garantías y derechos excesivos a los inversionistas, con el sólo fin de atraer capital foráneo dentro del territorio y sin pensar en las implicaciones que ello tendría en el mediano y largo plazo. En este sentido, ver *Enron c. Argentina*, *LG&E c. Argentina*, *Azurix c. Argentina*, *CMS c. Argentina*. Fallos disponibles en el sitio web del Ciadi, <http://icsid.worldbank.org>

Conclusiones

Hemos podido apreciar que los derechos humanos constituyen una noción compleja que si bien ha sido el objeto de inquietud e intentos de protección desde los albores de la humanidad, ha sido al mismo tiempo tratada con menosprecio durante muchos períodos. El balance en todo caso no debe ser pesimista, pues grandes logros han sido efectivamente alcanzados, tanto en el ámbito regional como mundial; siendo evidentemente la Declaración Universal de Derechos Humanos el más importante de todos.

Para lograr una protección adecuada en esta materia, se requiere que los tribunales encargados de resolver las causas relativas a derechos humanos –y en especial si se trata de la justicia internacional– se encuentren exentos de todo tipo de presión o dependencia de los poderes económicos o políticos dominantes, principio que afortunadamente se ha ido asentando cada vez más en la sociedad mundial.

Sin embargo, esta sensación de meta cumplida no debe tampoco llevarnos a un estancamiento jurídico respecto al concepto en estudio, especialmente en el mundo en que vivimos hoy en día. El riesgo de ver los derechos humanos vulnerados en forma solapada, bajo un aparente manto de legalidad, ha ido *in crescendo* este último tiempo con la evolución del derecho económico internacional y en especial con la reciente aparición del Derecho de las Inversiones Internacionales y el mal uso que al mismo puede dársele.

En suma, los derechos humanos gozan en el presente de una correcta pero aún insuficiente protección; las persecuciones en Sudán, el genocidio en Nigeria, o los problemas de acceso al agua en Bolivia, del trabajo de niños en China y la mano de obra esclava en países como Birmania o la República Democrática del Congo, constituyen ejemplos de ello y nos demuestran que queda todavía mucho camino por recorrer.

Problemática laboral en la empresa actual, aplicada a la empresa de servicios transitorios

Hugo C. Álvarez Cárcamo

Abogado

Magister en Derecho Corporativo (LL.M. Executive UDD)

Diplomado en Derecho Administrativo Económico (PUC)

Resumen: Los problemas que enfrenta hoy la empresa y la fuerza laboral en general han ido cambiando con el avanzar del tiempo, producto de que se está produciendo una verdadera mutación desde una mano de obra no calificada, a otra cada vez más preparada, lo que cambia sustancialmente el escenario del trabajo, cobrando una especial importancia en el desarrollo económico y en el acceso al trabajo, el principio de flexibilización laboral. Creemos que en esta materia ha habido pequeños avances y lo analizamos desde la perspectiva de su aplicación a la normativa referida a las empresas de servicios transitorios, sin embargo, también criticamos lo que consideramos una regulación excesiva que más que permitir un desarrollo y una oportunidad de generar trabajo y oportunidades para nuevos emprendedores, limitan en forma excesiva su aplicación.

Introducción

El recurso humano es y seguramente seguirá siendo el recurso más importante en el desarrollo económico de las empresas y de la economía en general. Sin embargo, en la actualidad se presenta además como una limitante al desarrollo económico pleno. Esto es paradójico, porque por un lado es el sostenedor del desarrollo económico y por el otro contiene serias limitantes a su propio desarrollo.

Así, mientras que en la sociedad del saber que pregona Peter Drucker¹, el elemento humano es esencial, éste se está transformando o desplazando de una sociedad manual a una sociedad mucho mejor preparada, donde la desaparición de la mano de obra como factor de producción es cada vez más casi un hecho,

¹ *La Sociedad Poscapitalista*, Peter Drucker, Editorial Sudamericana, tercera edición, capítulo tercero, p. 62.

desplazándose a una sociedad de los empleados, donde la mano de obra, en sí, ha dejado de ser un activo y donde este activo ahora es el saber, el que ha o está ocupando un papel preponderante como recurso.

También las malas prácticas de muchos empleadores han transformado a la regulación laboral en una regulación pesada, rigurosa, que arrastra una normativa muchas veces difícil de poder cumplir a cabalidad por los propios empleadores y además se presenta también como una limitante al propio trabajo, mientras que desde la perspectiva de los trabajadores les hace fijarse en derechos contenidos en la norma jurídica, que muchas veces pasan a ser superfluos si los comparamos con los derechos obtenidos de común acuerdo entre los propios actores de la relación laboral, a través de convenios colectivos o beneficios incorporados a los propios contratos de trabajos producto de la negociación individual.

Hoy, producto de la especialización, del desarrollo profesional de muchos trabajadores, empleados y gestores, la negociación colectiva debiera cada día ir perdiendo protagonismo, volcándose a una negociación individual que le permita a la empresa captar talentos y retenerlos, basada en ciertas normas genéricas regulatorias que debieran ser cauteladas por la norma jurídica laboral moderna, pero ciertamente no como la conocemos hoy.

Por otra parte, la prestación de servicios externos (*outsourcing*), cada día ha ido ganado terreno, permitiendo que las compañías puedan acceder a profesionales de un alto nivel de experiencia, en sus respectivas especializaciones, a un precio razonable, permitiéndole a los gestores de las compañías concentrar sus esfuerzos en el desarrollo de sus negocios principales, dejando tareas administrativas determinadas en manos de talentos que velarán técnicamente por sus intereses.

La flexibilidad como catalizador de eficiencia laboral

La flexibilidad laboral es un concepto que lo habremos escuchado en más de una oportunidad tanto en el ámbito político, empresarial, como también en el gremial, donde unos bregan por su incorporación mientras que los últimos se niegan tajantemente a agregarla, cuidando en forma desmesurada las "*conquistas que hemos logrado*", como lo llaman, ya incluidas por cierto en la norma jurídica interna, como si esto fuera una competencia o un avance en la purga que siempre está presente entre los actores más extremos de la relación laboral.

Mi experiencia en el mundo corporativo me ha permitido darme cuenta que en realidad esta purga es una verdadera ficción de quienes lucran oponiéndose

a los avances en estas materias, que hacen y harán difícil poder lograr significativos cambios en un plazo mediano.

La normativa laboral y la regulación en general lo que busca es nivelar una relación entre dos actores de distinto poder, así, mientras que al empleador se le mira como el factor dominante de la relación, al trabajador se le ve como el actor más débil, y por ende al que hay que proteger, para que exista una sana vinculación entre ellos. Pero esto no es tan así, porque pretendemos incorporar en un mismo saco a toda una nutridísima gama de empleadores de las más diversas categorías y por cierto también a una no menos diversa gama de trabajadores y empleados, que no siempre son tan débiles.

Para muestra un botón, tan sólo para incorporar a la conciencia del lector esta situación que acostumbramos a dar por hecha pero que en realidad no es tan evidente. En muchas oportunidades, y cada vez en forma más frecuente, nos encontramos con profesionales que han sido capaces de destacarse en sus respectivas áreas de desarrollo de manera sobresaliente y que ciertamente dejan de tener esta razón de debilidad en la relación contractual, sino que por el contrario, son la parte dominante en la relación laboral.

Por otra parte, una microempresa que con un descomunal esfuerzo logra contratar a cinco trabajadores para poder llevar adelante un emprendimiento en el que tiene todos sus esfuerzos personales y económicos radicados en él, claramente es un elemento más débil en relación con su fuerza trabajadora, que puede poner, en cualquier momento, en jaque el cumplimiento de sus obligaciones y de ser así enterrar de un plumazo los esfuerzos emprendidos y no solamente eso, sino que causarle un daño económico que puede durar mucho tiempo antes de poder recuperarse.

Luego, claramente debemos producir cambios relevantes que nos permitan revertir las situaciones que atentan contra el éxito económico de los emprendedores, de los trabajadores y del entorno económico local.

La flexibilidad laboral entendida como instrumento de desarrollo no es otra cosa que la incorporación de soluciones innovadoras a la relación laboral, que resten o tiendan a desregular situaciones que se presumen de facto y que permitirán que los actores de la relación laboral encuentren sus propios acuerdos a nivel contractual, no necesariamente impuestos por la norma legal.

Seguramente, muchos cultores de estas materias no estarán de acuerdo, sin embargo, si analizamos fríamente este tema, podremos darnos cuenta que efectivamente nos transportaría a una relación laboral distinta, innovadora y no sólo con el ánimo de hacerlo distinto, sino de hacerlo mejor.

Una de las mejores y más relevantes muestras de lo que digo es la externalización de tareas (*outsourcing*), que ha ido ganado terreno en forma decisiva en la empresa moderna, por las facilidades que otorga dicha modalidad, que por un lado evita sobrecargar una compañía de personal, y logra obtener un alto y eficiente grado de especialización técnica en materias que la empresa moderna requiere para poder competir. Así, por ejemplo, el externalizar las materias jurídicas en un estudio jurídico corporativo permite que el empresario dedique todos sus esfuerzos a su tarea principal, cual es la de rentabilizar su negocios y deja en manos de su equipo de abogados la protección de sus intereses comerciales. Curiosamente esta relación de la que estamos hablando es una relación civil o comercial y no laboral, lo que demuestra que la normativa laboral deberá en el futuro entregar parte de su terreno a las relaciones civiles, desregulando convenientemente la normativa laboral propiamente tal.

Por otra parte, conceptos como subcontratación y suministro de trabajadores son concepciones que han ido innovando la regulación laboral, así mientras el primero da cuenta de una empresa mandante que contrata a una empresa contratista para que con sus propios medios y personal realicen una determinada tarea, relación que está regulada por un contrato de subcontratación civil y que ahora se le han adicionado normas tendientes a proteger a los trabajadores existentes en dicha relación, de manera de poder mantener una relación equilibrada.

Por su parte la empresa de suministro de trabajadores lo que hace es poner a disposición de otra empresa a sus trabajadores, en forma transitoria y bajo el alero de un contrato, manteniendo el primero siempre para sí la calidad de empleador.

Para facilitar la comprensión de esto, ofrecemos los siguientes ejemplos, una empresa constructora A es contratada por una empresa mandante para la realización de un camino y una postación eléctrica; a su vez, esta empresa A subcontrata a una empresa de montaje eléctrico B para que realice la postación y cableado eléctrico. Si bien el contrato entre el mandante y la empresa A y entre la empresa A y la empresa B son contratos de subcontratación civil, en ambos casos estas relaciones están también reguladas por la subcontratación laboral, que cuenta con normas especiales en el Código del Trabajo en su Título VII, artículos 183 A y siguientes².

En el caso del suministro de trabajadores, por ejemplo, una empresa de transportes y grúas contratará a una empresa de suministro de trabajadores a través de un contrato del mismo nombre, para que ponga a disposición trabajadores

² Incorporados al Código del Trabajo por la Ley N° 20.123 del año 2006.

especialistas en la conducción de camiones y grúas, lo que está regulado, desde la perspectiva laboral, en las normas antes indicadas.

Luego, en esta modalidad vemos un avance en la flexibilización normativa del recurso humano, al permitir una forma distinta de ejercer la relación laboral, que si es bien llevada, podremos agregar importantes ventajas para los trabajadores y empleados que trabajan bajo el alero de dicho sistema.

El trabajo bajo la modalidad de suministro de trabajadores

Este sistema de contratación es una situación de mucha particularidad, porque representa una situación de excepción a las reglas generales que contiene la normativa jurídica laboral interna, debido a que en este caso se validan dos concepciones de rareza jurídicas.

La primera de ellas se refiere a que esta nueva e innovadora normativa deja en *stand by* el principio de la primacía de la realidad, toda vez que en este caso en particular se le reconoce la calidad de empleador a un gestor distinto al que efectivamente o en realidad recibe el servicio o es la empresa usuaria de dicho trabajo.

En segundo término, este nuevo sistema deja establecida una excepción al principio de la subordinación y dependencia que en este caso en particular se radica en una empresa distinta, la usuaria del servicio, a la que es considerada como empleadora.

Esta nueva modalidad es un gran aporte al desarrollo económico, a la formación de nuevas formas de trabajo, a la incorporación de un primer atisbo a la concreción de la flexibilización laboral y a fomentar el sistema de externalización que ya se está posicionando como el gran cursor de la especialización laboral en nuestro sistema económico.

Empresa de servicios transitorios

Cuando uno se remite a la Ley N° 20.123, incorporada al Código del Trabajo, llama la atención que el legislador hizo algo que normalmente no hace, nos referimos a dar una definición legal sobre lo que se entiende por empresa de servicios transitorios, lo que normalmente deja a la creatividad, interpretación y visión, muchas veces novedosa, de la doctrina, lo que deriva generalmente en conflictos que luego se arrastran por años evitando poner un coto definitivo a una interpretación que la mayoría considere razonable.

El Párrafo 2^o³ del artículo 183 – F letra a, define a la empresa de servicios transitorios como “...*toda personas jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para este efecto empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos*”.

Si analizamos la definición legal incorporada a la norma, podemos concluir que se trata en primer término de una persona jurídica, como la norma no hace ninguna distinción, podemos concluir que se puede tratar de cualquier tipo de sociedad, conocida en nuestro sistema jurídico, vale decir, puede tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima, u otra, incluso una EIRL, toda vez que este tipo societario cumple con las normas exigidas, pero habrá que estudiar cada caso, según el rubro de especialización del que se trate, porque habrán figuras societarias que sean más ventajosas que otras.

Esta sociedad deberá incluir en su razón social la denominación “Empresa de Servicios Transitorios” o la sigla EST, según lo dispone en forma expresa el artículo 183 – K del Código del Trabajo.

En todo caso y como se desprende de la propia definición, esta sociedad debe tener como objeto social único el suministro de trabajadores o tareas relacionadas con el suministro de recursos humanos en general, en lo que dice relación con la selección, capacitación y formación de trabajadores, dejando abierta la posibilidad a otras actividades que se relacionen con el objeto principal, luego, podemos entender que su objeto se extiende a toda materia relacionada a los recursos humanos y su exclusividad se entiende producto de lo sensible de su objeto, debiendo estar sometido a normas regulatorias de mayor severidad. Por otra parte, la propia definición incorpora una situación novedosa referida a la inscripción de este tipo de sociedades en un *registro respectivo*. El registro lo llevará la Dirección de Trabajo⁴, y su razón se justifica en la especial supervisión que tendrán este tipo de sociedades ante las autoridades fiscalizadoras, entendiéndose que éste es un requisito de la esencia para este tipo de empresas, toda vez que si por alguna razón se excluye a la empresa del registro, como su objeto es único y exclusivo relacionado con los recursos humanos, podría importar la disolución de la sociedad por falta de objeto lícito. Sin embargo esto no deja de ser riesgoso, toda vez que a través de una resolución administrativa podría constituirse una causal de disolución distinta a las causales generales dispuestas en nuestra normativa.

³ De las empresas de servicio transitorio, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios, Código del Trabajo, artículos 183 F y siguientes.

⁴ Artículo 183 – K “...*las empresas de servicios transitorios deberán inscribirse en un registro especial y público que al efecto llevará la Dirección del Trabajo...*”.

Cabe hacer presente, sí, que la exclusión del registro está considerada en la norma con cierto detalle, en el artículo 183 – M, letras a y b. Con respecto a esto la causa más común en la que puede incurrirse es la definida en la letra a, que dice que el Director del Trabajo podrá, por resolución fundada, ordenar la cancelación de la inscripción del registro por incumplimientos reiterados y graves de la legislación laboral o previsional, entendiéndose por incumplimientos reiterados “...cuando ha sido objeto de tres o más sanciones aplicadas por la autoridad administrativa o judicial, como consecuencia del incumplimiento de una o más obligaciones legales, en el plazo de un año...”, y continúa diciendo que “...se consideran graves todas aquellas infracciones que, atendida la materia involucrada y el número de trabajadores afectados, perjudiquen notablemente el ejercicio de los derechos establecidos en las leyes laborales...”, dando especial importancia a la infracción en materias del capítulo II (capacidad legal de los trabajadores), capítulo V (remuneraciones y su protección) y del título II (protección a la maternidad), luego, esta última disposición contiene un importante elemento subjetivo, referido al término “perjudique notablemente”, lo que seguramente será motivo de muchas controversias, las que podrán ir siendo resueltas por la vía administrativa o judicial y donde la doctrina podrá desarrollar lineamientos generales de interpretación que nos ayuden a definir con mayor exactitud este concepto.

Otra exigencia incorporada a la definición en análisis es la transitoriedad u ocasionalidad de los servicios que se prestan, lo que se desprende del vocablo “...tareas de carácter transitorio u ocasional...”, esto implica y se traduce en la práctica en la incorporación al contrato de servicios de un plazo, que en éste caso en particular será un plazo máximo de duración, según la hipótesis de que se trate, en algunos de ellos sin la posibilidad de renovación, conforme a lo dispuesto en la norma del artículo 183 – Ñ y 183 – O.

Llama la atención en esta norma en particular el reducido tiempo que otorga la ley en cada una de las hipótesis en las cuales se manifiesta, y me llama especialmente la atención que no está previsto como trabajo transitorio el trabajo en obras o faenas, lo que a mi juicio podría permitir tener un mayor grado de estabilidad laboral para muchos trabajadores de cierto grado de especialización que podrían ejercer sus labores con la modalidad de servicios transitorios en las empresas que así lo requieran durante el tiempo de la obra, estoy pensando en personas como conductores de camiones especiales (transporte de ganado, o transporte de material inflamable que requieren de una *expertise* distinta a la de conducción habitual), u operadores especializados de grúas, u otros.

Dichas labores no podrán, según se desprende de la norma, actuar en calidad de trabajadores de servicios transitorios, sino que deberán hacerlo bajo la modalidad de contrato de trabajo por obra o faena, si esta última excede los plazos de 180 días considerados en la Ley, lo que es muy probable atendidos

los plazos que se manejan en el desarrollo de proyectos de construcción de cierta envergadura.

La vulneración de esta norma trae aparejada una sanción descrita en el artículo 183 – N, sanción que considera al trabajador como dependiente de la empresa usuaria, además de multas interpuestas por la Inspección de Trabajo respectiva y otras sanciones que puedan aplicarse por estar estipuladas en el Código del Trabajo.

En cuanto a la renovación, esta está prohibida en forma expresa en el inciso final del artículo 183 – O, sin embargo, existe una excepción en el mismo artículo que prescribe que “...*si al tiempo de la terminación del contrato de trabajo subsisten las circunstancias que motivaron su celebración, se podrá prorrogar el contrato hasta completar los 90 o 180 días en su caso...*”, luego, si bien esta norma se refiere al contrato, claramente es extensible también a la prestación de servicio, porque a él se refiere dicho contrato, en todo caso el plazo máximo según la causal será de 90 o 180 días.

Finalmente acotar que de la propia definición, aun cuando no es explícito, se desprende una excepción a la regla general de subordinación y dependencia y al principio de la realidad ya comentado, en el sentido que se puede desprender que a este tipo de empresa de servicios transitorios se le atribuye la calidad de empleador de los trabajadores que se pondrán *a disposición de terceros*, como dice la norma.

Exigencias adicionales de formación

Además, de los requisitos que encontramos en la propia definición de empresa de servicios transitorios, existen otros requisitos adicionales incorporados a la norma jurídica donde se destacan dos que son dignos de análisis, a saber, la constitución de una garantía y a la restricción de relaciones societarias entre la empresa de suministro de trabajadores y la empresa usuaria de dichos servicios.

Con respecto a la constitución de una garantía, esto reviste una novedad y es raro en este tipo de contrataciones, constituyendo una carga pública que dificulta y pone trabas al correcto desenvolvimiento de este tipo de empresas en el fluido desarrollo económico de aquellas, toda vez que se les exige mantener un capital inmovilizado, que será usado en caso de incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones laborales y previsionales o para cubrir eventuales multas que le pueda cursar la autoridad fiscalizadora⁵.

⁵ Artículo 183-J del Código del Trabajo. *La garantía estará destinada preferentemente a responder, en*

La garantía deberá estar constituida por “...una boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez...”.

Este instrumento de mucha habitualidad en los contratos de construcción y otros, obligará a las empresas de servicios transitorios a mantener un capital inmovilizado, como ya lo comenté, que respalde la boleta de garantía que otorgará un banco de la plaza para hacerla efectiva cuando así se requiera por el beneficiario de dicha boleta, en este caso en particular la Dirección del Trabajo.

Cabe hacer presente, además, que hay bancos que otorgan dichas garantías contra un crédito, vale decir, en algunos casos no será necesario dejar el capital inmovilizado, sino que cuando el beneficiario quiera cobrar una determinada boleta de garantía, en ese momento el banco cursa un crédito, previamente aprobado, para su cliente la empresa de servicios transitorios, modalidad que generalmente los bancos otorgan a clientes de cierta antigüedad y buen comportamiento. Seguramente la mayoría de las nuevas empresas no tendrán esa condición.

Además, en cualquiera de los casos comentados existirá para la empresa tomadora de la garantía un costo financiero que deberá pagar al banco.

Finalmente acotar que al decir la ley “...otro instrumento de similar liquidez...”, excluye de esta condición a las pólizas de seguro de fiel cumplimiento, instrumento similar a la boleta de garantía, muy usadas en los contratos de construcción, que son instrumentos que otorgan las compañías de seguros para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones de un determinado contrato, sin embargo en este caso en particular se excluye su utilización, lo que es lamentable, porque es un buen instrumento y de habitual uso. Lo anterior por dos razones.

La primera de ella se refiere a que la propia Dirección del Trabajo a través de un dictamen⁶ la prohibió por considerar que no tenía la suficiente liquidez, y la segunda se refiere precisamente a ello, porque al usar la norma el término de *similar liquidez*, excluye de facto a la póliza de garantía, porque si bien la boleta puede ser pagada en el mismo momento que se presenta en ventanilla del banco emisor para su cobro, la póliza, por ser generada por una compañía de seguro, cuya actividad principal no es la intermediación de instrumentos financieros y la imposibilidad de tener cajas que puedan dar cumplimiento inmediato al pago requerido, imposibilitan su cumplimiento expedito. En la

lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen por infracción a las normas de este Código...”.

⁶ Dictamen de la Dirección de Trabajo N° 4.786/090 de fecha 2 de noviembre de 2006.

práctica las pólizas de garantía tienen un plazo de cumplimiento de aproximadamente 20 días.

El segundo requisito adicional dice relación con la prohibición expresa que determina la ley al decir en su artículo 183 – I “...*Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios...*”, vale decir, la prohibición es extensísima, muy amplia y cubre prácticamente todas las posibilidades de relación societaria que pueden existir, porque lo que persigue la Ley es justamente evitar que a través de una tercerización se pueda evitar que las empresas matrices o las empresas principales de algún grupo de empresas, sean las contratantes de los trabajadores.

Solo para recordar algunos conceptos, son empresas relacionadas⁷ con una sociedad, las que pertenecen al mismo grupo empresarial; las que tengan respecto de la sociedad la calidad de matriz, coligante, coligada, filial; quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores, como también sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, además de otras hipótesis consideradas en la norma de la Ley de Mercado de Valores.

Asimismo, son sociedades filiales⁸ de una matriz, aquellas en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital, mientras que una sociedad coligada⁹ es aquella que sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital.

De igual forma el interés también está regulado en la norma del artículo 44 de la Ley 18.046, de Sociedades Anónimas, que especifica en su inciso 3° que se entiende por interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquier situación relacionada con él, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directa o indirectamente con un 10% o más de su capital, o alguna de las personas antes mencionadas lo sea; sea controlador de la sociedades o sus personas relacionadas.

Como vemos, la norma en este sentido creemos ha cumplido su propósito de limitar la posibilidad de evitar la contratación directa en los casos de los grupos de empresas.

⁷ Ley 18.045, Mercado de Valores, artículo 100.

⁸ Ley 18.046, de Sociedades Anónimas, artículo 86.

⁹ Ley 18.046, de Sociedades Anónimas, artículo 87.

Finalmente agregar que la norma incluye una importante regulación tanto sobre el contrato de prestación de servicios transitorios denominado "Contrato de puesta a disposición", como también el contrato de trabajo transitorio para los trabajadores sujetos a esta modalidad contractual.

Conclusión

Como dijimos al inicio de éste análisis, esta innovadora solución abre posibilidades impensadas de flexibilización en materias laborales, creando figuras distintas que posibilitan una nueva generación de negocios que van en beneficio directo, tanto de empresarios emprendedores como de trabajadores y empleados, sirviendo además como catalizador en el fomento y generación de nuevos empleos.

Pero, también creemos que la regulación en este tipo de solución ha sido demasiado rígida y le restan una aplicación mucho más amplia, porque presume ex ante, la vulneración de la norma, lo que hace que pierda una real dimensión y posibilidades de expansión de mucha relevancia.

Así, la norma finalmente permite una aplicación tremendamente restrictiva en la generación de nuevos negocios, utilizando esta modalidad, lo que le resta competitividad y un flujo de intercambio que beneficie finalmente a todos los actores que intervienen en el mercado.

La constitucionalización de las fuerzas armadas

Sergio Cea Cienfuegos

Abogado Universidad de Chile
Magister en Derecho Administrativo
Universidad de Chile
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad del Desarrollo.

Ricardo Coronado Donoso

Abogado U. Central
Postítulo en Derecho Público
Pontificia Universidad Católica.

Resumen: Los autores analizan el fenómeno de la Constitucionalización de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, en lo que respecta a los fines que la Carta Política les asigna, desde la perspectiva del Derecho Militar.

1. Introducción

1.1. El Derecho Militar se relaciona con el Derecho Constitucional, por cuanto las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile son órganos de la Administración del Estado, y como tales, se someten a los principios de supremacía constitucional y vinculación directa del precepto constitucional al caso concreto, para el amparo de la dignidad humana, pero en el ámbito del Derecho Militar.

1.2. En consecuencia, los cuerpos armados, aun cuando tienen una regulación jurídica especial, deben respetar el principio de la dignidad humana.

1.3. Esto se origina porque las instituciones castrenses se encargan de defender al Estado de agresiones externas, y, a su vez, es deber de este ente público dar protección a su población, aun en esas circunstancias particulares de conflicto.

1.4. Desde esta perspectiva, las específicas restricciones a las garantías individuales previstas en los estados de excepción constitucional siempre deben respetar el principio de la dignidad humana, por cuanto no se encuentra alterado el citado principio en ninguna de las disposiciones que sobre la materia se consagran en el texto constitucional nacional .

1.5. Aun cuando la carta política permitiese exegéticamente una afectación de la dignidad humana, el espíritu del precepto constitucional no puede apartarse del contexto axiológico establecido en las bases de la institucionalidad.

1.6. Por lo antes expuesto, coincidimos con Soto Kloss en que: la persona es anterior y superior al Estado; lo primero aparece obvio, ya que el Estado sólo existirá y surgirá en la medida que existan personas que lo constituyan, si éstas no existen, tampoco se dará un Estado.

1.7. Como un ejemplo sobre la materia, podemos citar el caso de una guerra externa, si analizamos la moderna teoría constitucional chilena respecto de los estados de excepción constitucional, se expresa que un derecho de excepción supone la previsión y delimitación normativa constitucional de instituciones y medidas necesarias para la defensa del orden constitucional en caso de situaciones de anormalidad que, no pudiendo ser eliminadas o combatidas por los medios normales previstos en la Constitución, exige el recurso a los medios excepcionales.

1.8. Como afirma García, la normativa sobre el nuevo derecho de excepción se enmarca en la lógica de la defensa de la Constitución y que fue introducido como principio general en el artículo 6° de la Constitución

1.9. En consecuencia, nuestra opinión es que desde esta perspectiva, la Constitución impone el respecto a los derechos fundamentales emanados de la naturaleza humana, aun en circunstancias excepcionales de conflicto en que actúan las Fuerzas Armadas.

1.10. En resumen, el Estado de Derecho permite excepcionalmente limitar garantías constitucionales, pero ello en ningún caso puede significar la afectación de la dignidad humana como valor supremo, ni aun en caso de guerra externa, que es el máximo grado de limitación de derechos e intervención estatal.

1.11. Lo anterior se evidencia en lo preceptuado en el artículo 43 de la Constitución Política; se faculta al Presidente de la República sólo para suspender o restringir las libertades personales, de reunión y trabajo, asimismo podrá restringir el ejercicio de los derechos de asociación, la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, y disponer requisiciones de bienes y limitar el ejercicio del derecho de propiedad. En este contexto, cabe precisar que el propio Estado tiene como límite precisamente los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (o sea, los derechos fundamentales, o naturales, o humanos en la jerga actual).

1.12. En el contexto de la definición que hemos elaborado en relación al Derecho Militar, el capítulo XI de la Constitución Política de la República, en lo relativo a las Fuerzas Armadas, establece normas de Derecho Militar de rango constitucional.

1.13. En efecto, la Carta Política fija los fines de las Fuerzas Armadas, tales son la seguridad de la nación y la defensa de la patria, y estos constituyen el vínculo axiológico entre el derecho constitucional y el derecho militar, por cuanto este último precisamente tiene como objeto esencial regular la organización y funcionamiento de los cuerpos armados y de sus integrantes, para el adecuado cumplimiento de sus cometidos constitucionales.

1.14. En el artículo 101 de la Constitución encontramos los principios esenciales del derecho militar, disciplina y jerarquía que en sí constituyen instrumentos normativos que permiten a las instituciones castrenses cumplir debidamente sus fines.

2. Normas constitucionales que inciden en las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública de Chile

2.1. Historia

2.1.1. En el desarrollo de la evolución constitucional, por primera vez, en la Carta Política de 1980 se consagra un capítulo específico dedicado a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública.

2.1.2. En efecto, si bien en la Constitución de 1925, mediante leyes de reforma constitucional a esa carta, se incorporó una mención a la Fuerza Aérea de Chile, y posteriormente se consagró el concepto de Fuerza Pública, que incluyó a las Fuerzas Armadas y al Cuerpo de Carabineros, no existió verdaderamente una regulación constitucional integral, en relación a sus misiones constitucionales, características de sus integrantes, organización y funcionamiento de los cuerpos armados, hasta la actual Constitución Política de 1980.

2.2. Constitución de 1980. Defensa de la patria y seguridad nacional.

2.2.1. En nuestra Carta Fundamental de 1980 existe una serie de normas constitucionales, que inciden directamente en la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

2.2.2. Con respecto a lo previsto en el artículo 101 de nuestra Carta Fundamental, integrado en el capítulo XI de la misma, denominado Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, se efectúa una determinación axiológica de los fines de los cuerpos armados.

2.2.3. Estos fines dependen del órgano respectivo, pues en el caso de las Fuerzas Armadas, tienen asignada la protección de la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional. En ambos casos se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido analizaremos a continuación.

2.3. Defensa de la patria

2.3.1. En cuanto a la defensa de la patria, podemos expresar que se trata de un fin exclusivo asignado a las Fuerzas Armadas, que comprende el amparo, protección y socorro del Estado. En concreto, la noción de defensa implica, de acuerdo a lo establecido en el Libro de la Defensa, lo siguiente: la acción y efecto de conservar la posesión de un bien o de mantener un grado suficiente de libertad de acción que permita alcanzar tal bien.

2.3.2. En el ámbito del derecho comparado latinoamericano, las Cartas Constitucionales de la región asignan a las Fuerzas Armadas la misión de defensa de la patria, vinculándola expresamente con protección de la soberanía exterior y de su integridad territorial.

2.3.3. En aquellos países como Argentina, México, Uruguay y Venezuela, en que los fines de las Fuerzas Armadas se encuentran previstos en una legislación complementaria a la Constitución, mantienen el criterio de protección de la soberanía exterior y de la integridad territorial.

2.3.4. En efecto, la Constitución Política de España determina como misiones garantizar la soberanía e independencia del Estado, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

2.3.5. En resumen, los criterios expuestos se encuentran expresamente señalados en el artículo 8° de la Constitución Política de España, que expresa: "Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional".

2.3.6. El Libro de la Defensa entiende la defensa en un sentido amplio, que comprende aspectos tales como función, como organización, como conjunto normativo o como desafío económico. Como función se refiere al conjunto de actividades cuyo efecto es salvaguardar un determinado bien; explica el quehacer de la defensa.

2.3.7. En cuanto organización, se refiere a la estructura de medios materiales y humanos que materializan la defensa; explica el cómo se conforma el sistema de defensa. En cuanto conjunto normativo, se refiere a las políticas, leyes, planes y reglamentos que apuntan a hacer coherente y armónico el accionar de la defensa; explica la manera en que se materializa la defensa. Finalmente, como desafío económico, intenta resolver la relación entre necesidades múltiples y recursos escasos; explica el cuánto invertir.

2.3.8. A la luz del derecho comparado, entendemos que la extensa noción de defensa escapa al ámbito estrictamente jurídico.

2.3.9. Consecuentemente con lo expuesto, sostenemos que la relación armónica de los preceptos constitucionales sobre la materia, en especial los artículos 22 y 40 de la Norma Suprema respectivamente, vinculados con el concepto de defensa de la patria previsto en el artículo 101 de la Constitución Política, deben ser interpretados como una protección frente a las amenazas bélicas externas, soberanía exterior e integridad territorial.

2.4. Defensa de la patria y monopolio de las armas

2.4.1. En general existen dos sistemas para determinar a quienes corresponde la defensa de la patria y el uso legítimo de las armas, de tal manera que:

2.4.2. Con respecto al primer sistema, la defensa de la patria corresponde a todo el pueblo y esto determina que cada ciudadano tenga el derecho de uso y porte de las armas de fuego.

2.4.3. Sobre el particular, expresa la segunda enmienda de la Constitución Política de EE.UU. que: "Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas".

2.4.4. En consecuencia, EE.UU. no estatalizó la posesión o tenencia de las armas, sino que, por el contrario, consagró un derecho constitucional del ciudadano a la posesión y porte de estas.

2.4.5. En el segundo caso, la defensa de la patria corresponde al Estado, quien deposita dicha función en las Fuerzas Armadas; por lo tanto, por regla general el pueblo no tiene el derecho a poseer y portar armas, sino por la vía de excepción, siempre que exista una autorización estatal y se cumplan ciertos requisitos legales.

2.4.6. En este contexto se encuentra la Constitución Política de la República de Chile, que mediante una interpretación armónica y sistemática de los artículos 22, 101 y 103, consagra el monopolio de las armas y la estatalidad de la defensa patria.

2.4.7. El monopolio de las armas consiste en que el Estado asigna a un órgano de la administración de éste la competencia para poseer y tener las armas necesarias para preservar precisamente su integridad, de manera tal que ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.

2.4.8. Consta en las actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, al referirse al proyecto, de lo que

es el actual artículo 103, señala que: "El señor Ortúzar (Presidente), después de observar que la disposición es quizá un poco detallista, se pregunta si no sería mejor redactarla estableciendo que sólo las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad podrán tener armas".

2.4.9. A este respecto, el comisionado Carmona solicita: no olvidar que este precepto iría inmediatamente a continuación del que dispone que las Fuerzas de la Defensa Nacional estarán constituidas única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad.

2.4.10. Para los profesores Cea Cienfuegos y Morales Contardo, las misiones que la Constitución de 1980 específicamente les asigna a las Fuerzas Armadas deben entenderse de acuerdo al concepto de que al Estado le corresponde el monopolio del uso legítimo de la fuerza, el que se materializa a través de los órganos especializados que se constituyen al efecto, esto es, las Fuerzas Armadas, las que para este fin tienen también el monopolio del uso de las armas, del que están privados por regla general, toda persona, grupo u organización que no estén expresamente autorizados por la ley.

2.4.11. Por lo expuesto, el sistema previsto por el legislador, referido al régimen de autorizaciones y permisos, es propio de los particulares y de los demás órganos de la administración del Estado, tales como Policía de Investigaciones, Dirección General de Aeronáutica Civil y Gendarmería de Chile, de tal manera que estos, para poseer o portar armas, necesitan la dictación de un acto administrativo que les faculte para esos fines.

2.4.12. En ese contexto, el legislador estableció una diferencia entre Carabineros e Investigaciones, no en cuanto a sus fines constitucionales, que permiten dar eficacia al derecho y el resguardo del orden público, sino en cuanto al carácter militarizado que posee Carabineros de Chile, y que se traduce en que están exceptuados del sistema de autorizaciones y controles. A mayor abundamiento, cuentan con la posibilidad legal de formar una división o brigada independiente, en caso de guerra.

2.4.13. La estatalidad de la defensa de la patria implica que las Fuerzas Armadas existen para ese fin, aunque la propia Constitución reconoce que por sí solas estas instituciones castrenses no son suficientes para el cumplimiento del objetivo señalado.

2.4.14. Por lo anterior, la Carta Política extiende el antes referido deber no sólo a las Fuerzas Armadas, sino que, además, a cada chileno en estado de cargar armas, quienes deben estar inscritos en los registros militares y tienen el deber de defender la soberanía y contribuir a preservar la seguridad nacional, si no están legalmente exceptuados.

2.4.15. Seguridad Nacional.

2.4.16. En lo que atañe al otro fin constitucional asignado a las Fuerzas Armadas, el artículo 101 de la Constitución Política, prescribe: "son esenciales para la seguridad nacional".

2.4.17. Corresponde precisar previamente si este cometido es exclusivo para las instituciones castrenses, o si, por el contrario, existen otros órganos que de una u otra forma comparten dicho objetivo.

2.4.18. En nuestra opinión, la expresión "son esenciales" que se utiliza en la Constitución comprende dos aspectos, por una parte, implica que el cuerpo castrense es el principal encargado de dar cumplimiento a esa finalidad, y por la otra, nos manifiesta que las Fuerzas Armadas no son los únicos órganos a los que se les encomienda resguardar la seguridad nacional, dado que nuestra Constitución expresamente se refiere a otras entidades, tales como Presidencia de la República, Congreso Nacional, Banco Central y Consejo de Seguridad Nacional, entre otros.

2.4.19. Esta conclusión se refuerza por una interpretación lógica y sistemática de las normas constitucionales, particularmente del inciso quinto del artículo 1° de nuestra Constitución, porque el Estado, como organización jurídico-política más relevante de la sociedad, tiene precisamente el deber de resguardar su seguridad nacional, por cuanto es condición básica de su existencia .

2.4.20. A nuestro entender, la seguridad nacional es la aptitud del Estado para prever, resguardar o hacer frente a riesgos que amenacen su existencia y que afecte el desarrollo de éste.

2.4.21. Algunos autores radican estos riesgos o peligros en agresiones externas o en la guerra, catástrofes naturales, presiones políticas o coerciones económicas significativas. Nosotros agregamos que incluso una pandemia que afecte de manera relevante la salud pública, que afecte el normal funcionamiento del Estado, podría estar considerada como una eventual amenaza.

2.4.22. Considerando que el Estado está constituido por el Poder Político, la Población y el Territorio, cualquier amenaza a esos elementos afecta la seguridad nacional.

2.4.23. Por lo expuesto, coincidimos con la profesora Peña Torres, en el sentido que la función seguridad nacional supone: 1. La defensa de la soberanía y de la integridad territorial del Estado; 2. La garantía del orden público y la seguridad pública interiores, particularmente frente a fenómenos modernos, de particular peligrosidad, como son la subversión y el terrorismo; 3. La de-

fensa de la institucionalidad que el pueblo se ha dado en ejercicio libre de la soberanía que le corresponde, lo que puede ser estimado como un aspecto de la soberanía interna.

2.4.24. Obediencia y no deliberancia.

2.4.25. La obediencia y la no deliberancia son exigencias que exegéticamente el texto constitucional les impone a los cuerpos armados, esto es, al órgano de la administración del Estado; la correcta interpretación es que estas constituyen un límite a los integrantes de dichos órganos, esto es, a las personas.

2.4.26. Lo anterior se fundamenta en el principio apoliticidad, porque la obediencia y no deliberancia del cuerpo armado establece una importante manifestación de la sumisión al poder civil, o como expresan otros autores, al principio de subordinación, que se comprende en las atribuciones constitucionales del Presidente de la República, previstas en los numerales 16, 17, 18 y 19 del artículo 32 en relación con los artículos 24 y 101, todos ellos de la Carta Política, sometimiento jerárquico que incluso se mantiene en los estados de excepción constitucional, al tenor de lo previsto en los artículos 39 y siguientes de la referida Ley Fundamental.

2.4.27. El principio de apoliticidad no es una condición exclusiva de los cuerpos armados, sino que de toda la administración del Estado. No obstante, el personal de los órganos que conforman la administración pública civil está impedido de realizar cualquier actividad política dentro de ésta, respetando a sus integrantes la libertad política en el ámbito ajeno a sus funciones públicas, e incluso permitiendo su afiliación a partidos políticos u otras organizaciones que deliberan, tales como sindicatos u organizaciones no gubernamentales.

2.4.28. En cambio, para los miembros de los cuerpos armados esa prohibición es más extensa, porque estando vinculados jurídicamente con la administración militar, esto es en servicio activo, no pueden ser candidatos a cargos de elección popular; entre otros, a la totalidad del personal de estos cuerpos se les impide ser candidatos a concejales y alcaldes, y con respecto a los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas y General Director de Carabineros y a los demás oficiales de esas instituciones, específicamente se les prohíbe ser candidatos a diputados y senadores, incluso estando en retiro, por cuanto se les impone una inhabilidad transitoria mínima de un año.

2.4.29. La prohibición para ser candidato a diputado y senador tiene una deficiente técnica legislativa, por cuanto los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, que son denominaciones del cargo público respectivo, integran la categoría de oficiales, lo que denota una redundancia en el texto constitucional al mencionarlos conjuntamente, pero además no se advierte

el motivo para no imponer la misma prohibición al resto del personal militar (cuadro permanente, gente de mar y empleados civiles), como acontece en las elecciones de concejales y alcaldes, porque en esa normativa jurídica se utiliza la expresión genérica "los miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros".

2.4.30. Además se les prohíbe participar en actividades políticas tanto dentro de la administración del Estado, como fuera de ella. En efecto, esta limitación es absoluta, porque comprende incluso la imposibilidad de que este personal pueda pertenecer a partidos políticos.

2.4.31. Asimismo, en el ámbito reglamentario, constatamos la existencia de diversas faltas disciplinarias que inciden en el principio de apoliticidad, que consisten en participar en política, o manifestaciones o reuniones de esa índole, pertenecer a asociaciones o concurrir a los actos de dicho carácter, tratar o discutir temas políticos, pertenecer a agrupaciones políticas, hacer propaganda, intervenir en reuniones o firmar o adherir a documentos políticos, incorporarse en actividades políticas de cualquier índole, según corresponda.

2.4.32. Jerarquía, profesionalismo y disciplina.

2.4.33. La jerarquía, profesionalismo y disciplina no son características distintivas sólo de los cuerpos castrenses, sino que, por el contrario, se encuentran establecidas para todos los integrantes de los órganos de la administración del Estado, como se estatuye expresamente en las disposiciones contenidas en los artículos 7º, 17 y 20 de la ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

2.4.34. La Jerarquía es un principio que permite que los órganos tengan a su personal vinculados por relaciones de subordinación y dependencia, existiendo graduaciones en las que algunos integrantes están en la cúspide de la pirámide funcionaria y otros en su base, de tal manera que el órgano tenga unidad de criterio en la toma de decisiones.

2.4.35. Si bien, como se señaló, este principio no es exclusivo de los miembros de las Fuerzas Armadas; es en ellas donde cobra especial relevancia, por cuanto se vincula con el ejercicio de la potestad de mando, que conforme al artículo 45 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas consiste en la autoridad ejercida por el personal de las Fuerzas Armadas sobre sus subalternos y subordinados, en virtud del grado, antigüedad o puesto que desempeñe.

2.4.36. En cuanto a la disciplina, podemos expresar que se trata de una observancia de las leyes, reglamentos y órdenes de superiores, referidas a los deberes militares, que le permite a un superior tener certeza de cuál será la conducta del inferior frente a la actividad de la profesión militar.

2.4.37. Cuando el inferior mediante acciones u omisiones se aparta o infringe sus deberes militares, incurre en responsabilidad disciplinaria.

2.4.38. El carácter de profesionales que se asigna a los miembros de los institutos armados se encuentra determinado por un conjunto de competencias, conocimientos y habilidades, que les permiten a éstos cumplir sus actividades militares mediante un adecuado nivel de alistamiento operacional.

2.4.39. En efecto, por las características de las Fuerzas Armadas, la profesión de las armas es eminentemente vocacional. Esto imprime rasgos singulares a la educación y formación que imparten las instituciones castrenses a quienes se incorporan a ellas, existiendo diversas etapas de formación, capacitación y perfeccionamiento profesional, tales son la básica, especializada y superior, que responden a satisfacer las necesidades propias de la función militar.

2.4.40. Por lo expuesto, la incorporación a las plantas y dotaciones se efectúa a través de sus propias escuelas, lo que permite una formación uniforme y especializada, que no sólo contempla conocimientos, sino también aptitudes, destrezas, habilidades y valores tales como el honor, lealtad, espíritu de sacrificio, cumplimiento del deber, que imponen en casos excepcionales la obligación de mantener el puesto a toda costa o entregar la vida en defensa del Estado, lo que en su conjunto constituye la profesión militar y que la diferencian de otras actividades profesionales.

2.4.41. Lo anteriormente expuesto se traduce en la necesidad de la existencia de un sistema de educación compatible con la función militar, que se manifiesta en el reconocimiento legislativo que el Estado efectúa a la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos; Academias de Guerra y Politécnicas; Escuelas de Armas y Especialidades de las Fuerzas Armadas; Escuela Técnica Aeronáutica de la Dirección General de Aeronáutica Civil; Academia de Ciencias Policiales de Carabineros de Chile; Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas; Escuela de Carabineros y Escuela de Suboficiales de Carabineros de Chile.

3. Normas sobre las Fuerzas Armadas en la Constitución Política de Chile y en derecho constitucional comparado

3.1.1. En el derecho comparado constatamos a modo ejemplar que algunas Constituciones Políticas no contemplan normas relativas a las Fuerzas Armadas, sino que simplemente existen menciones al uso legítimo de la fuerza y la potestad presidencial en el ámbito castrense.

3.1.2. En cambio, otras Cartas Políticas determinan constitucionalmente los fines que se asignan a las Fuerzas Armadas, de tal manera de evitar la desviación

de funciones, por cuanto reconocen que aquellas se encargan de la defensa y seguridad nacional, con una protección del territorio y de su población.

3.1.3. Hay otras Constituciones que además de determinar los fines constitucionales de las instituciones castrenses, establecen que las bases de la organización militar constituyen materias de ley orgánica.

3.1.4. Finalmente, nuestra Constitución de 1980 contempla un capítulo especial dedicado a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, que además cuenta con una cláusula semirrígida de reforma, prevista en el capítulo XV, que implica que para modificar el capítulo XI se requiere un quórum de dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

4. Carrera funcionaria del personal de las Fuerzas Armadas en la Constitución Política de la República

4.1.1. Las normas previstas en el Capítulo XI, además de las determinaciones de los fines de las instituciones de la Defensa Nacional y de Orden y Seguridad Pública, contemplan una serie de disposiciones cuyos contenidos se refieren principalmente a la carrera funcionaria, y que en nuestra opinión son reglas propias de una ley orgánica y no de un texto Constitucional.

4.1.2. Los artículos 102 y 105 de la C.P.R. consagran un sistema destinado a considerar todos los elementos básicos, que para la Ley constituyen un régimen de carrera funcionaria, entendida por el Estatuto Administrativo como un sistema integral de regulación del empleo público. Es la propia Constitución la que en su inciso primero del artículo 38 se refiere precisamente a la carrera funcionaria.

4.1.3. En efecto, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N° 18.575, en su inciso segundo del artículo 21 exceptúa a las Fuerzas Armadas de la carrera funcionaria aplicable a los miembros de administración básica del Estado.

4.1.4. Los miembros de los Cuerpos Armados se regulan en lo concerniente a este sistema integral de empleo público, por sus propias normas constitucionales y leyes orgánicas constitucionales.

4.1.5. En este contexto, reiteramos que los contenidos de los artículos 102 y 105 de la Constitución no son propios de un texto de esa jerarquía jurídica, sino que debieran ser materia de ley orgánica constitucional.

4.1.6. A mayor abundamiento, los nombramientos y remoción de los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas y del General Director de Cara-

bineros, y la designación, ascenso y retiro de los oficiales de estas entidades públicas, ya se encuentran consagrados en las atribuciones especiales del Presidente de la República, y el reenvío que hace a los artículos 104 y 105, resulta innecesario, ya que las normas de detalle son de rango orgánico constitucional, por lo cual bastaba con expresar que la carrera funcionaria en estos órganos de la Administración del Estado se regiría por una norma orgánica constitucional especialmente establecida para dichas instituciones, sin necesidad de precisar conceptos tales como nombramiento, ascenso, retiro, mando y previsión.

5. Delimitación de los contenidos constitucionales, en relación a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública

5.1.1. A nuestro entender, las materias propias de una Constitución Política en relación a los órganos del Estado básicamente deben establecer los fines y competencias propias de tales entes, sin extenderse a materias que son complementarias para el funcionamiento de ellos.

5.1.2. Para Hariou, la Constitución es el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta., lo que implica que los principios y reglas que contiene una Constitución están orientados a regular el poder político, de tal manera que en su ejercicio se respeten los derechos fundamentales.

5.1.3. Por lo expuesto, Rubio Llorente, citando al Tribunal Constitucional Español, señala: la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos [fundamentales] en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas

5.1.4. En ese contexto, la delimitación de los contenidos esenciales del Capítulo XI de la Carta Fundamental, relativo a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, deben considerar necesariamente una mención expresa a los fines que se asignan a dichos entes y además al monopolio constitucional de las armas, pero no debe comprender materias propias de una ley orgánica, como son las relativas a la carrera funcionaria.

5.1.5. Ahora bien, que la Constitución Política de 1980 se extendiera a materias vinculadas con la carrera funcionaria no es producto del azar, sino que como anota la profesora Marisol Peña Torres (refiriéndose particularmente a uno de los aspectos relativos a la carrera funcionaria, cual es la inamovilidad de los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas), para enfocar apropiadamente este tema debe tenerse presente que todo lo relacionado con el rol

constitucional de los cuerpos armados dentro del sistema político democrático y, particularmente, con la relación entre éstos y el Presidente de la República forma parte de las delicadas cuestiones que deben definirse en los períodos de transición que suelen seguir a gobiernos liderados por fuerzas militares.

6. Publicidad y transparencia en las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública

6.1.1. En otro orden de ideas, afirmamos que las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública deben dar estricto cumplimiento a los principios constitucionales de publicidad y transparencia que se asignan a los órganos del Estado.

6.1.2. La legislación pertinente debe ajustarse a estos principios constitucionales, mediante una sujeción formal y otra material.

6.1.3. Limitaciones formales respecto de la publicidad y transparencia.

6.1.4. A partir de la modificación introducida por la Ley 20.050 a la Constitución Política de la República, en su artículo 8° se estableció que el rango de la norma jurídica que permite consagrar causales de reserva o secreto, como excepciones al acceso a la información pública, es sólo una ley de quórum calificado, lo que origina como consecuencia que se encuentran derogadas tácitamente todas las disposiciones internas que se encontraban previstas en preceptos de inferior jerarquía a ésta, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública.

6.1.5. Este criterio ha sido expuesto por la doctrina nacional, que claramente determina que las causales excepcionales que impiden el acceso a la información pública, esto es, el secreto o reserva, no pueden encontrarse establecidas en actos emanados de la potestad reglamentaria.

6.1.6. La exigencia constitucional formal se refiere a que los preceptos que consagren excepciones a la publicidad y transparencia deben tener el carácter de ley de quórum calificado, esto es, que se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

6.1.7. Asimismo de conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República: Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales.

6.1.8. En conclusión, la Constitución en sus disposiciones transitorias contiene una excepción a la jerarquía normativa o límite formal de los principios de publicidad y transparencia, por cuanto permite que preceptos que no tienen el carácter de quórum calificado puedan continuar aplicándose, mientras no se dicten los respectivos cuerpos legales.

6.1.9. Limitaciones materiales respecto de la publicidad y transparencia.

6.1.10. El artículo 8° de la Constitución referencia a conceptos jurídicos indeterminados. A nuestro entender incidiría principalmente en las funciones de las Fuerzas Armadas la seguridad de la nación.

6.1.11. Para Sepúlveda Benavente, quien cita a la Comisión Constituyente, la seguridad nacional es la capacidad del Estado de precaver y superar con éxito situaciones de guerra, conmoción interior o catástrofes naturales, que pongan en peligro el cumplimiento de los objetivos nacionales, mediante acciones que persigan afianzar la estabilidad y permitir y asegurar el desarrollo y los intereses vitales de la Nación.

6.1.12. Coincidimos en que el concepto de seguridad nacional comprende una condición, garantía o salvaguardia del Estado.

6.1.13. El Diccionario Latinoamericano de Seguridad y Geopolítica establece en una de las acepciones del concepto de seguridad nacional la siguiente: Según la ONU, es situación en la que un Estado se considera resguardado contra agresiones militares, presiones políticas o coerciones económicas significativas, lo que le otorga libertad de acción para proseguir con su propio desarrollo y progreso.

6.1.14. Vinculamos accesoriamente la causal de reserva o secreto denominada interés nacional prevista en el artículo 8° de nuestra Carta Política, con las funciones de las Fuerzas Armadas, en la medida que esté relacionada con el aparato bélico y el uso de las armas, para la protección de las relaciones internacionales, del resguardo del interés económico y comercial del país.

7. Conclusiones:

7.1.1. De las consideraciones expuestas en el presente trabajo académico, podemos afirmar que efectivamente nos encontramos frente a un fenómeno de constitucionalización de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile.

7.1.2. La Constitución Política asigna competencias específicas a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile como integrantes del cuerpo armado del Estado, con el objeto de evitar la desviación de sus fines, mediante la dictación

de normas de inferior jerarquía que contravengan estos.

7.1.3. En el derecho comparado constatamos que la Constitución Política de 1980 (Reformada el 2005) excede las materias y contenidos tradicionales que otras legislaciones contemplan sobre las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública.

7.1.4. En relación a lo anterior, en materia de carrera funcionaria, bastaba con que el constituyente estableciera que dicho sistema de regulación de empleo público especial en el ámbito castrense fuera normado por una ley orgánica constitucional, tal como acontece con la administración civil del Estado.

7.1.5. Finalmente, las misiones constitucionales que se asignan a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, son trascendentes para la existencia y el desarrollo de un Estado, por ello estimamos necesario que se mantenga la constitucionalización de estos entes públicos.

Bibliografía:

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO, Sesión 395, celebrada el miércoles 05 de julio de 1978.

CEA CIENFUEGOS, Sergio, y MORALES CONTARDO, Patricio. *Control de Armas. Manual de aplicación de la Ley 17.798 y su reglamento complementario*. Editorial Legal Publishing. Tercera edición, febrero de 2009.

CUEVAS FARREN, Gustavo. *Reforma Constitucional 2005. Modificaciones Constitucionales a los Capítulos XI sobre Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y XII sobre el Consejo de Seguridad Nacional*. Editorial LexisNexis, edición 2005.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Vigésima Segunda Edición. Definición del concepto defensa.

GARCÍA PINO, Gonzalo. "Los Estados de excepción constitucional: Un nuevo derecho de excepción". En *Reforma Constitucional*, Francisco Zuñiga Urbina (Coordinador) Ediciones LexisNexis año 2005, p. 455, en la que el autor cita como primera fuente a Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional da Constituição*, Almedina, Tercera edición. Coimbra, Portugal, 1999.

LIBRO DE LA DEFENSA NACIONAL. Edición 1997.

LIBRO DE LA DEFENSA NACIONAL. Edición 2002.

LIBRO DE LA DEFENSA NACIONAL. Edición 2010.

SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Editorial AbeledoPerrot (Legal Publishing), Santiago de Chile año 2010.

Normas Nacionales Citadas

a. Constitución Política de la República de Chile y sus Leyes de Reforma

Constitución Política de la República de Chile

Ley de Reforma Constitucional N° 17.284

Ley de Reforma Constitucional N° 17.398

Ley de Reforma Constitucional N° 20.050

b. Códigos, Leyes y Reglamentos Nacionales

Código de Justicia Militar

Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948

Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile N° 18.961

Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695

Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos N° 18.603

Decreto N° 400, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley 17.798, sobre Control de Armas

DFL N° 1/19.653, que Fija el Texto de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

DFL N° 2, de 02 de julio de 2010, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 20.370 con las normas no derogadas del DFL N° 1 de 2005. Estatuto Administrativo.

Decreto Supremo 1.445. Reglamentos de Disciplina de las Fuerzas Armadas

Decreto Supremo N° 1.232 Reglamentos de Disciplina de la Armada

Decreto Supremo N° 900, Reglamentos de Disciplina de Carabineros de Chile

Normas extranjeras

Constituciones Políticas extranjeras

Constitución Política de Bolivia

Constitución Política de Brasil

Constitución Política de Colombia

Constitución Política de Ecuador

Constitución Política de El Salvador

Constitución Política de España

Constitución Política de EE.UU.

Constitución Política de Francia

Constitución Política de Guatemala

Constitución Política de Paraguay

Constitución Política de Perú

Constitución Política de Honduras

Constitución Política de República Dominicana

Constitución Política de Rusia

Códigos, Leyes y Reglamentos extranjeros

Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea de México

Ley Orgánica de la Armada de México

Decreto Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas N° 14.157 de 21 febrero de 1974, modificado por la Ley 15.808

Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales de Venezuela (de fecha 29/9/2005)

Incentivos a la innovación tecnológica: la Ley 20.241

Alberto Álamos Valenzuela

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas
Universidad del Desarrollo

Resumen: Una de las aristas del proceso de innovación está constituida por las políticas de fomento a las actividades de "I+D". En este contexto, el gobierno ha impulsado en los últimos años iniciativas orientadas a incrementar el progreso científico y tecnológico del país, en el entendido que es fundamental para aspirar a convertirse en un país desarrollado en el mediano plazo.

La Ley 20.241 es reflejo de lo expuesto, pues establece un incentivo tributario para aquellas empresas que destinen recursos a actividades de investigación y desarrollo, permitiéndoles deducir un crédito contra el impuesto de 1ª Categoría que deben pagar. No obstante ser una buena técnica legislativa, su aplicación presenta deficiencias que son analizadas a la luz de los objetivos que se persiguen con medidas de esta índole.

Cuando se habla de política fiscal, resulta inevitable recurrir a la noción de **tributo**. Conjuntamente con el presupuesto, constituyen dos herramientas básicas para llevar a cabo las políticas económicas del Estado, dirigidas a la consecución última del bien común.

No interesa en lo presente conceptualizar los tributos, sino más bien referirse a las llamadas finalidades "extrafiscales" de los mismos, que apuntan a objetivos diversos a los fines tradicionales de recaudación¹. Dentro de ellas, es posible encontrar el incentivo o desincentivo a determinados sectores o actividades económicas, idea comprensiva de la investigación y desarrollo de prototipos de nuevos productos.

Previo a un análisis más acabado de algunos alicientes, es importante deslizar la relevancia de la innovación tecnológica. Ello pues representa para nuestro país un desafío del presente y futuro, en el marco de las expectativas de consolidar el desarrollo país en el mediano o largo plazo. No creemos que pueda ponerse

¹ Apuntes de Clases de la Cátedra de Derecho Tributario I del profesor Jaime García Escobar en la Universidad del Desarrollo, año 2006, Santiago.

en tela de juicio la calidad de investigación científica que se realiza en el país, pues se cuenta con reconocidos especialistas en las diversas disciplinas. Uno de los problemas reside, ciertamente, en el volumen de recursos destinados a actividades de "I+D", precario en relación a países más desarrollados. Tal como lo expresa el mensaje con que se acompañó el proyecto de Ley 20.241, en Chile sólo alrededor del 30% de los fondos totales invertidos en innovación proviene del sector privado, en contraste con el 65% promedio de dichas naciones². De ahí la utilidad que representa el impulso de iniciativas orientadas a profundizar la injerencia de la empresa en el proceso innovador, que, huelga decirlo, es del todo relevante para el proceso de producción de éstas.

Conceptualmente, la innovación es un proceso o cadena **multidimensional**, integrada por diversos componentes. Entre éstos figuran el capital humano, una infraestructura adecuada e incentivos fiscales, por nombrar los principales. Cabe recalcar, como apuntan algunos autores, que se trata de un fenómeno sistémico, vale decir, no es posible focalizar sus componentes aisladamente, pues los resultados no serán los esperables³. Así, carece de utilidad destinar grandes montos a patentar invenciones, si se adolece de niveles de educación acordes a las exigencias que se planteen.

Desde éste ángulo, nuestro país, si bien exhibe progresos en el último tiempo⁴, presenta no sólo precarios niveles de inversión destinados a actividades con caracteres innovadores, sino también en aspectos vinculados a la generación de capital humano. En el contexto latinoamericano, los resultados no son del todo críticos, pero es inevitable hacer el cotejo con países avanzados, lo que es revelador de la necesidad de implementar medidas más audaces.

En el presente trabajo nos interesa reseñar algunos aspectos de la mencionada Ley 20.241, del año 2008, alineada con una de las aristas relevantes que expusimos (alicientes fiscales).

Dicho cuerpo legal consigna un **crédito tributario** para los contribuyentes de 1ª Categoría, que declaren con renta efectiva y contabilidad completa, equivalente a un **35%** del total de los pagos en dinero que hayan efectuado conforme a los contratos de investigación y desarrollo debidamente certificados por la CORFO, aun cuando los referidos contratos no se relacionen con el giro del contribuyente que incurre en dichos desembolsos.

En su artículo primero se encarga de definir algunos conceptos afines a la materia. En particular, interesa referir las nociones de investigación y de desarrollo.

² Ver el Mensaje Presidencial de la Ley 20.241.

³ Ver al respecto el trabajo de José Miguel Benavente "Innovación en Latinoamérica. Dónde estamos y qué se puede hacer", en documentos de trabajo del Banco Central, p.1.

⁴ Ob. cit., p. 3

Por la primera se entiende la *búsqueda metódica que tenga por objeto generar nuevos conocimientos en el ámbito científico o tecnológico, con la expectativa de que contribuyan a desarrollar, fortalecer o mejorar la capacidad competitiva de las personas que la encargan.*

En tanto, la letra b del mismo artículo define la idea de desarrollo como la *aplicación de los resultados de la investigación o la adaptación de cualquier conocimiento científico o tecnológico, cuando se relacionen con oportunidades comerciales o productivas, con la expectativa de contribuyan a desarrollar, fortalecer o mejorar la capacidad competitiva de quien lo encarga, en aspectos como la fabricación de nuevos productos o servicios y mejora sustancial de los mismos*⁵.

Cabe puntualizar que, para estos efectos, el legislador consigna en el propio artículo primero algunas hipótesis que no se consideran como actividades de investigación o desarrollo. Por ejemplo, las pruebas y evaluaciones, una vez que el prototipo ya es comercializable, y cuyo fin sea su inserción en el mercado. Igualmente, mejoras o adaptaciones aplicadas en los productos o sus materiales, aunque en ellos se emplee tecnología, entre otros⁶.

Sin perjuicio del porcentaje antes señalado (35%), cabe precisar que el mismo precepto establece que el monto de dicho crédito no podrá exceder en cada ejercicio de un *15% de su ingreso bruto anual, o bien del equivalente a cinco mil unidades tributarias mensuales.*

Por ejemplo, piénsese en una empresa cuyos ingresos brutos son de 1000, destinando 150 por concepto de investigación y desarrollo. Acorde a la ley en cuestión, el crédito que pudiese imputar alcanza, en principio, a 52,5 (35%). Decimos en principio, pues el monto a deducir no podría nunca exceder de 150, que en esta hipótesis representa el 15% del ingreso bruto anual de la empresa.

Ahora bien, si el monto destinado a un proyecto de investigación hubiere sido, por ejemplo, de 500, en principio debiese tener derecho a imputar 175, no obstante ello no es posible por las restricciones recién expresadas. Con todo, el propio artículo quinto aclara que, en caso de existir un remanente una vez hecha la imputación correspondiente, si bien no puede solicitarse su devolución, *podrá imputarse al impuesto de 1º Categoría de ejercicios posteriores.*

Desde esta óptica, es saludable el estímulo que da el legislador, en particular si ciertos contribuyentes deciden apostar centros de investigación y efectuar pagos significativos a actividades de esta índole. Sin perjuicio de ello, no se

⁵ Para una mayor amplitud de tales conceptos y otros afines, ver el artículo 1º de la Ley 20.241.

⁶ Para un mayor detalle, puede verse también el artículo 1º de la Ley 20.241.

aprecia una razón que justifique la restricción del monto a deducir al mencionado 15% de los ingresos anuales.

No parece haber otra explicación que evitar que ciertos contribuyentes sagaces pretendan, en determinadas circunstancias, destinar grandes sumas a contratos acogidos al beneficio, que pudieren imputar al impuesto correspondiente, y de esa forma minimizar la recaudación fiscal. A juicio nuestro, hay en ello una mirada de corto plazo, que ha dificultado (y muy posiblemente lo seguirá haciendo) una mayor injerencia de los entes privados en el proceso de innovación.

Asimismo, cabe recalcar que el legislador circunscribe la utilización del beneficio a los contribuyentes de 1ª Categoría, que normalmente serán las grandes empresas, sujetas al régimen de renta efectiva demostrada mediante contabilidad completa. Si bien es plausible que sean éstas las que pudieran destinar fondos a estas actividades, estimamos que otros contribuyentes de primera categoría (por ej., quienes obtuvieren rentas provenientes de capitales mobiliarios, acorde al artículo 68 de la LIR) podrían también interesarse en hacer uso del beneficio, aportando así recursos a la investigación. Desde esta óptica, la restricción anotada parece un desacierto, si se consideran los potenciales recursos que pudieran encauzarse por medio de otros contribuyentes.

Así también pensamos que la certificación vía CORFO de los centros de investigación es un factor burocrático que puede generar poco atractivo para ciertas entidades que se dediquen a realizar actividades de ésta índole. De ahí que, por vía de ejemplo, los avances que pudiera exhibir un centro asociado a una universidad (si bien muchos seguramente obtendrían la certificación respectiva) que no se encuentre acreditado, no debiesen ser desestimados, pues propenden a diversificar las posibilidades de desarrollo.

Mediante la circular N° **61**, de 17 de octubre del año 2008, el Servicio de Impuestos Internos establece las condiciones que deben observarse para la utilización del crédito respectivo.

Si bien es una práctica recurrente la definición de ciertos criterios interpretativos por distintos órganos administrativos (no sólo, el SII, también otros como la Contraloría o la SVS en la esfera de sus atribuciones), de forma tal que es recogida en resoluciones de los propios tribunales de justicia, en estricto rigor ello debiese corresponder al legislador, en razón de lo previsto en el artículo 3° del Código Civil⁷. Por ello, reparamos en las condiciones establecidas por dicha circular para acogerse al beneficio, pues el SII incurre no pocas veces en interpretaciones

⁷ Artículo 3° del Código Civil, "Sólo toca al legislador interpretar o explicar la ley de un modo generalmente obligatorio". A partir de dicho precepto, autores como don Iván Aróstica M. cuestionan la interpretación por vía administrativa que realizan distintos órganos de la administración estatal.

poco felices, que generan conflictos innecesarios con los contribuyentes. Una buena técnica jurídica, en mi criterio, hubiese sido clarificar por vía legal la forma íntegra de hacer efectivo el beneficio, sin afectar sí su extensión.

En este sentido, una cuestión interesante de dicha circular dice relación con la **imputación del crédito** pertinente que, según se dijo, es posible deducir al impuesto de 1ª Categoría. De esta forma, se imputa con posterioridad a aquellos créditos cuyos excedentes no dan derecho a imputación en ejercicios futuros y menos a su devolución, y antes de aquellos que autorizan a solicitar su devolución o reembolso.

Sobre el particular, el Servicio establece un *orden de prelación* respecto a los créditos en cuestión. Así, entre los primeros se cuentan aquellos derivados de las contribuciones de bienes raíces (artículo 20 N° 1 de la Ley de la Renta, LIR), rentas de fondos mutuos acogidos al Decreto Ley 1.328, créditos por donaciones con fines educacionales (Ley 19.247), con fines deportivos (Ley 19.712), fines sociales (Ley 19.885), rentas del exterior por concepto de dividendos y retiro de utilidades (artículo 41 letras A y C de la LIR), rentas de zonas francas (Decreto Supremo N° 341) y, finalmente, rentas provenientes de bienes físicos que formen parte del activo inmovilizado (artículo 33 bis de la LIR).

En tanto, se establecen luego una serie de créditos que, no obstante dar derecho a imputación, no permiten pedir su reembolso. Aquí se cuentan los derivados de bienes físicos que conforman el activo inmovilizado (adquiridos entre los años tributarios 1999 a 2002), donaciones a universidades o institutos profesionales (Ley 18.681), créditos por impuesto de 1ª Categoría de contribuyentes del art. 14 bis (Ley 18.775, disposición transitoria primera), inversiones de la "Ley Arica" (número 19.420), ley "Austral" (número 19.606) y aquellas a que se refieren los artículos 41 A de la LIR, letras b y c, y 41 C de la misma. Posteriormente, aparece el **crédito por inversión privada en actividades de investigación y desarrollo**.

Por cierto, consideramos que el Servicio, acorde a lo expresado en lo precedente, va más allá de sus facultades interpretativas. Es útil recordar que la interpretación es un mecanismo destinado a fijar el sentido y alcance de una norma legal, a fin de permitir su aplicación a una situación particular y concreta. De ahí que pensamos que la función de dicho organismo debe centrarse en esclarecer posibles dudas que puedan surgir con motivo de la aplicación de la ley, no complementar ésta, como aquí ocurre.

Es interesante notar que los pagos efectuados para los fines de innovación expuestos que no representen créditos posibles de imputar podrán ser rebajados a título de **gastos necesarios** para producir la renta, en los términos previstos por el artículo 31 de la LIR. Así lo previene el artículo quinto, ya antes citado.

En lo que respecta a los antecedentes que el representante legal del centro de investigación, con el que los contribuyentes celebran los contratos pertinentes, debe proporcionar al SII. Así, deben entregarse los mencionados contratos de investigación y desarrollo, individualizar las partes contratantes, precio total pactado en cada uno de los mismos, pagos recibidos en virtud de ellos y la totalidad de los contratos vigentes o suscritos dentro de los 24 meses anteriores. Por su parte, la CORFO es obligada a informar respecto a las resoluciones que hubiere dictado durante el ejercicio comercial respectivo, que pudieran tener como consecuencia la pérdida de los beneficios tributarios expuestos. Las infracciones que se cometan en relación a lo señalado son constitutivas del **delito tributario** previsto por el N° 23 del artículo 97 del Código Tributario, lo cual puede redundar en la aplicación tanto de penas privativas de libertad para el contribuyente o terceras personas, como pecuniarias.

A modo de conclusión

Es indudable que iniciativas de este tipo se alinean con la petición reiterada de los expertos de implementar medidas más agresivas⁸. En efecto, el otorgamiento de un crédito de esta índole nos parece una medida eficaz para el objetivo último. Este no es otro que la promoción de inversión privada en el terreno de la innovación tecnológica, clave para aumentar la productividad de los países.

En este contexto, el país ha comenzado a comprender más cabalmente la necesidad que el PIB contribuya en mayor medida a actividades de I+D. Insistimos en que la implementación de alicientes concretos como el explicado van en la dirección correcta. Por cierto, desde la óptica de los contribuyentes un crédito de esta naturaleza debiese concitar interés. Ello no tan sólo por el impacto económico que tiene su deducción (a diferencia de lo que ocurre si éste fuere un mero gasto necesario a rebajar), sino también por la incidencia que tiene la innovación en la comercialización del producto o servicio propio del negocio. Esto último es evidente, desde que todo valor agregado que pueda éste tener respecto a sus competidores inclinará la balanza a su favor.

Con todo, debemos reparar en un aspecto que consideramos clave, relativo a la extensión del beneficio. En este contexto, nos parece que sería apropiado extender el beneficio, si no indefinidamente, por un lapso bastante mayor a los 10 años. Ello pues si bien el Mensaje presidencial justifica el plazo de vigencia de la normativa⁹, estimamos que un beneficio de esta índole tendrá siempre

⁸ A este respecto, ver el interesante trabajo de Patricio Cortés y Germán Echeopar, *GEM Capital de Riesgo Chile 2008*.

⁹ Ver el Mensaje Presidencial del proyecto de Ley 20.241, pp. 7 y 8.

favorable acogida, por tratarse de políticas que apuntan en forma directa al crecimiento del país. De lo contrario, creemos que se mantendrá el estado de inercia que se pretende cambiar. Es de toda lógica entender que el proceso de innovación no se agota en un período de tiempo tan absurdo. Haciendo una analogía, responde en rigor a un microorganismo que se reproduce y renueva permanentemente, cortándose el ciclo de no proporcionarle una adecuada extensión.

Insistimos también en los progresos que debe tener el capital humano, arista básica dentro de la estructura sistémica de la innovación. Si bien es saludable una fuerte inversión en educación, no debe descuidarse su aspecto cualitativo. Tanto a nivel público como privado presentamos falencias importantes que se deben corregir.

Esperamos afloren más iniciativas como éstas. Si bien soy un convencido que el rol estatal debe estar circunscrito a establecer una adecuada regulación y fiscalización, dejando a los particulares una esfera amplia de actuación, estimamos que puede jugar un papel relevante en la concesión de incentivos para el estímulo de las distintas actividades. Una política tributaria más flexible, por la vía de exenciones y subsidios, es un vaso comunicante primordial para hacer eficaz tanto al sector público como privado, en beneficio de la economía país.

Bibliografía

Apuntes de Clases de la Cátedra de Derecho Tributario I, Profesor Jaime García E., Universidad del Desarrollo, Santiago.

Benavente, José Miguel (2004): *Innovación en Latinoamérica. Dónde estamos y qué se puede hacer*. En Documentos de Trabajo del Banco Central, Santiago.

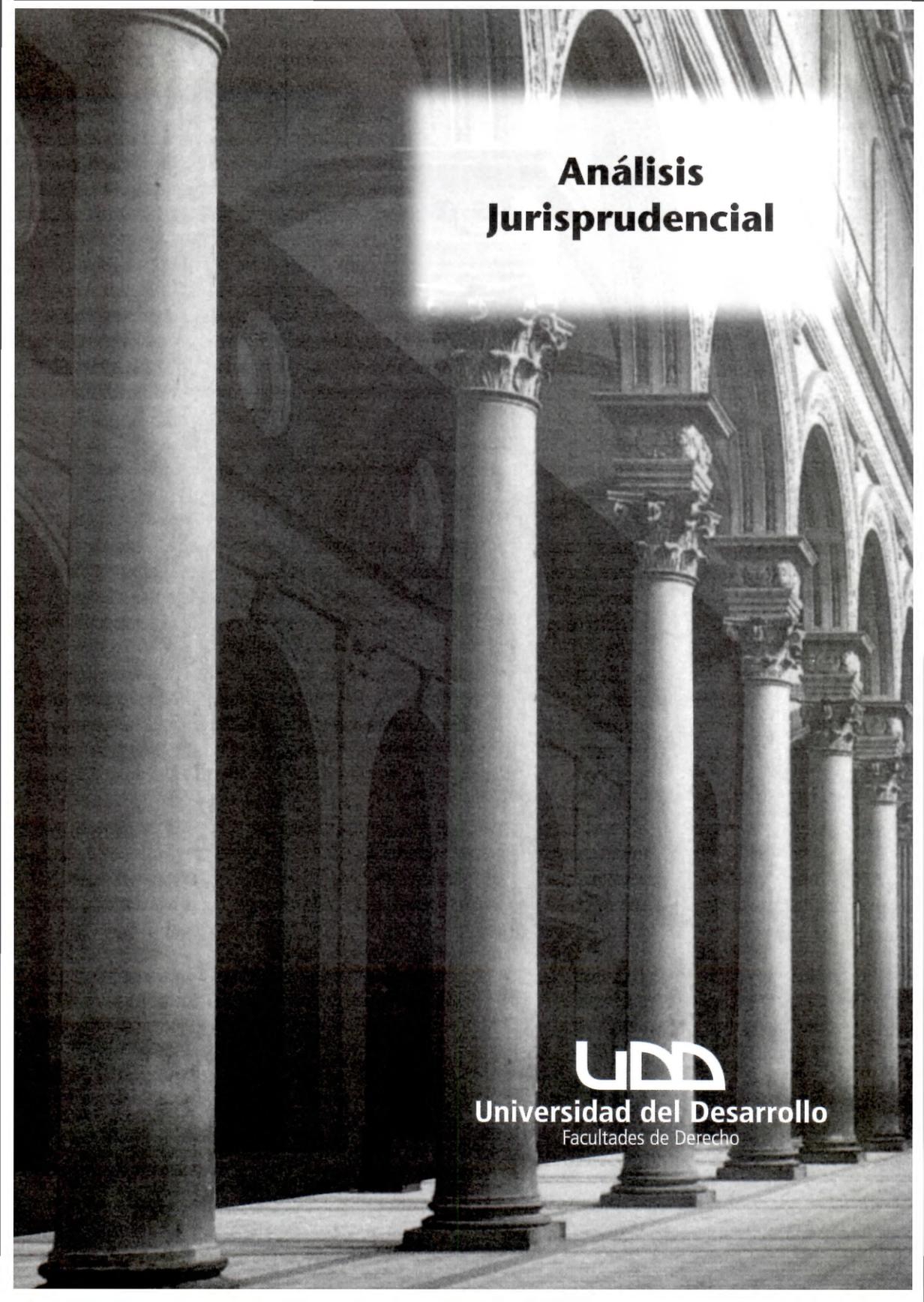
Circular N° 61, Servicio de Impuestos Internos, 17 de octubre de 2008.

Código Civil chileno.

Cortés, Patricio, y Echecopar, Germán (2008): *La Industria del Capital de Riesgo en Chile* (Estudio GEM, Ediciones Universidad del Desarrollo), Santiago.

Ley 20.241, 19 de enero de 2008.

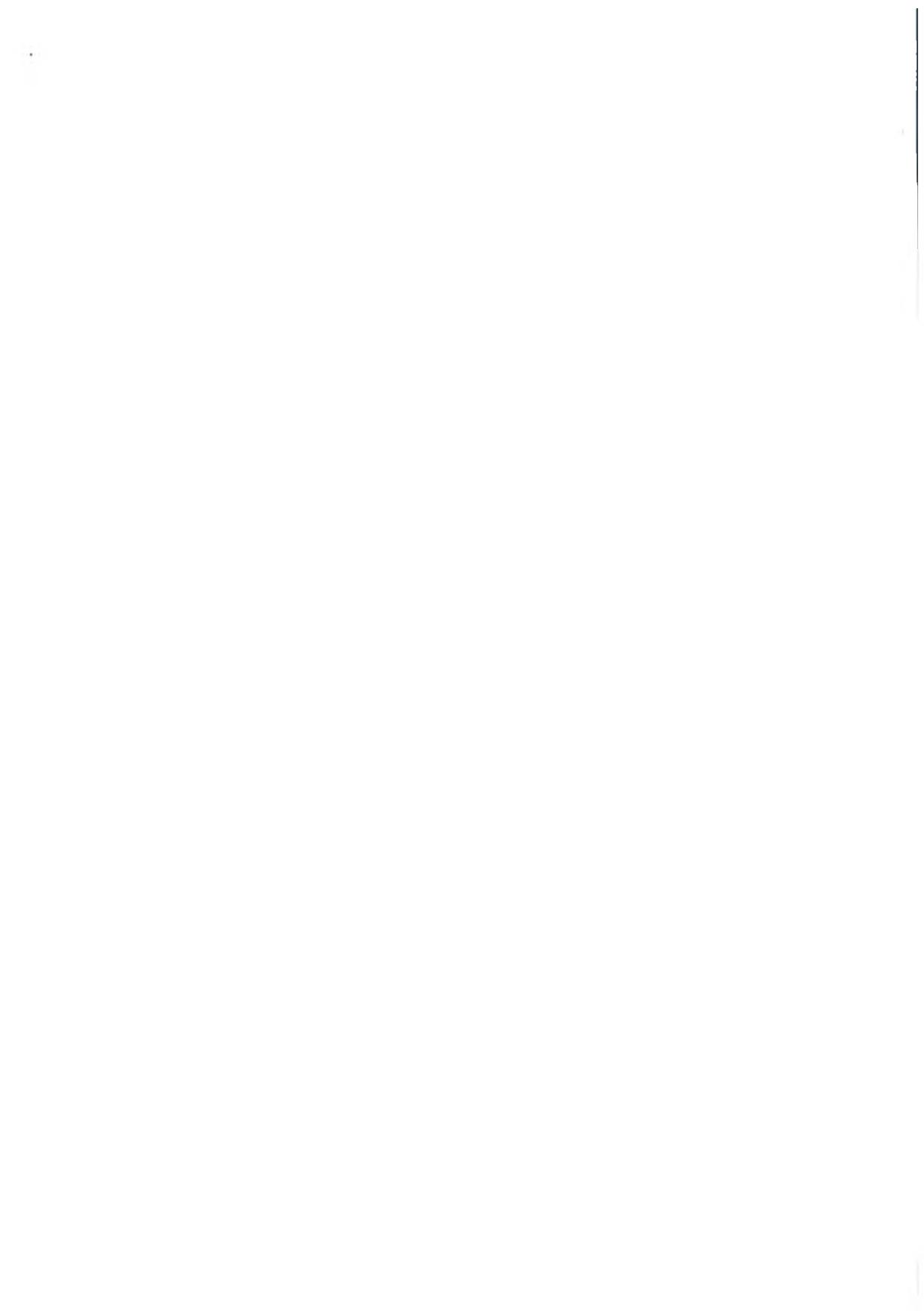
Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley 20.241, 26 de septiembre de 2006.



Análisis Jurisprudencial



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho



Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933

(¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?)

COMENTARIO DE:

Ignacio Covarrubias Cuevas¹

Doctor en Derecho

Profesor-Investigador

Facultad de Derecho UDD

I. Contenido descriptivo de la sentencia de inconstitucionalidad, rol N° 1710/2010²

1. Comentarios previos: orden expositivo del trabajo, excusas y solicitud al lector.

El objeto de este trabajo consiste en sintetizar y comentar una sentencia, por lo que la primera parte de la exposición será preferentemente descriptiva, seguida, la segunda parte, de algunas opiniones críticas respecto de lo que se estima es el contenido más relevante del fallo en cuestión.

Atendido que no existe labor descriptiva exenta de toda valoración, se piden excusas por cualquier omisión que pueda haberse producido como consecuencia de haber preferido destacar algunas materias en perjuicio de otras, lo cual sólo puede atribuirse a los énfasis como imperfecciones del autor.

Al tratarse de una sentencia cuya extensión, relevancia y alcances hacen prácticamente imposible la tarea de abordarla de modo omnicompreensivo a través de un comentario de jurisprudencia, sólo nos pronunciaremos respecto de algunos de los aspectos tratados en el presente fallo con la profundidad propia de un trabajo cuya pretensión no es científica, sino de divulgación.

¹ Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

² La referida declaración de inconstitucionalidad recayó en los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero de la citada disposición legal. El texto íntegro de la sentencia puede obtenerse en el siguiente link: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1479> o a través del sitio web del Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.cl

Las aproximaciones expuestas en este trabajo corresponden a reflexiones preliminares que pretenden ser abordadas con mayor profundidad en un artículo posterior.

Entonces se examinarán algunos aspectos de la sentencia comentada que han sido omitidos deliberadamente dado que exigen un mayor análisis. Entre dichos temas cabe mencionar lo tocante a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y la interpretación del principio de subsidiariedad, entre otros asuntos.

En último término, sólo quiero agradecer de antemano la paciencia al lector por los yerros contenidos en el presente trabajo que puedan dificultar su tarea como asimismo estimularlo a que efectúe los comentarios que estime pertinentes sobre su contenido.

2. ¿Una sentencia desmedidamente extensa?

Sin duda, se trata de una sentencia extensa: doscientas catorce páginas, de las cuales quince de ellas constituyen los considerandos relevantes del fallo. Este desequilibrio entre la parte expositiva y la considerativa de la sentencia se explica, entre otros motivos, por las siguientes circunstancias.

En primer lugar, por la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, en cuya virtud el Tribunal Constitucional (en adelante, indistintamente, “el Tribunal” o “la Magistratura Constitucional”) comunicó su decisión de iniciar el referido procedimiento a los organismos constitucionalmente interesados y, asimismo, dispuso la realización de audiencias públicas.

En dicho contexto, el Presidente de la República hizo presente sus observaciones por escrito y diversas entidades –representativas de la actividad política, académica, empresarial y profesional, entre otras– concurren a las referidas audiencias públicas, haciendo presente sus puntos de vista respecto de la eventual inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933. A dicha labor de recuento la sentencia dedica cuarenta páginas.

A lo anterior se añaden veintiséis páginas que sintetizan diversos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales acerca de la atribución de inconstitucionalidad de un precepto legal (el sustento jurídico positivo de tal potestad; la doctrina del Tribunal sobre lo mismo; la historia fidedigna de la declaración de inconstitucionalidad; la relación entre ésta y la declaración de inaplicabilidad, etc.).

El tercer factor que contribuye decisivamente a la extensión del fallo es la fundamentación de las dos disidencias, que desarrolladas por separado suman en total setenta y seis páginas.

Expuesto lo anterior, es posible advertir que la extensión del fallo no es del todo atribuible al sentenciador. Así, más de la mitad de la sentencia –ciento dieciséis páginas– corresponde al resultado que suma la primera parte, que da cuenta de las audiencias públicas, y el desarrollo, por separado, de las dos disidencias.

¿Es inevitable lo anterior? Previo a responder la pregunta, estimamos necesario tener en consideración los siguientes aspectos.

En efecto, si bien la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal faculta a éste para abrir un período de audiencias públicas, no le obliga a dar cuenta de ese proceso con el grado de detalle con que se hace en el presente fallo. De hecho, no es indispensable volver una y otra vez sobre algunos de los argumentos reiterados por varias organizaciones, sino que cabía agruparlos atribuyéndolos a quienes se encontraban en una posición o en otra³.

Por otra parte, hay aspectos cuya exposición resultaba innecesaria por tratarse de materias ciertamente no disputadas, por lo que al respecto sólo cabía hacer mención sin abundar mayormente en ellas (por ejemplo, el desarrollo sobre la *"Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado"*, el *"Sustento Jurídico Positivo de la Declaración de Inconstitucionalidad de un Precepto Legal en Chile"* o la referencia a *"La voz 'precepto legal' en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, entre otros ejemplos).

En fin, la respuesta a la interrogante formulada sobre la extensión del fallo no puede ser absoluta en un sentido afirmativo o negativo, aunque indudablemente creemos que hay cierto espacio para que una sentencia de estas características pueda ser más breve, con los beneficios de socialización que ello conlleva. Las sentencias no sólo están dirigidas a la comunidad jurídica, sino también a las personas ordinarias que no forman parte de ésta.

Por último, una breve digresión sobre el abuso del recurso a la cita de bibliografía y la inconveniencia de aludir a citas genéricas sin precisar en qué sentido se adhiere a ellas. Indudablemente la cita de fuentes bibliográficas presta mucha utilidad cuando ellas van en apoyo directo a los fundamentos de los fallos. Sin embargo, en cierto casos suele abusarse de la cita doctrinal –nacional o extranjera– en aspectos que no aportan sustantivamente a las conclusiones del fallo o en puntos que por su ambigüedad generan confusión si es que no se aclara el sentido en que se adhiere a unas u otras expresiones citadas.

³ Al respecto, cabe recordar que, de conformidad al art. 39 del DFL N° 5/2010, que fija el texto refundido de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, las "sentencias del Tribunal deberán cumplir(...) con los requisitos indicados en los números 1° a 6°, inclusive, del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil", por lo que no se advierte imperativo legal de extender en demasía la parte expositiva de los fallos de la Magistratura Constitucional.

Si la frase extraída tuviera un sentido unívoco en que todos entienden fundamentalmente lo mismo, no habría problema, pero cuando se trata de una oración que se presta para múltiples interpretaciones no vale la pena citarla si no se dice en qué sentido adhiere a ella.

Muestra de un ejemplo, en el presente fallo, es la cita que se hace respecto del autor alemán R. Alexy cuando dice que los derechos fundamentales son "*mandatos de optimización*" sin mayor explicación. Abrigo mis serias dudas que muchos de los jueces de la mayoría en la presente sentencia creen que el derecho a la vida, a la intimidad y otros tantos más, deban someterse a un escrutinio de ponderación como el indicado.

Así, la alusión genérica al referido autor sin explicitar en qué sentido se adhiere a la doctrina citada, deja planteada la interrogante sobre si el Tribunal cree que la referida noción es aplicable a todos los derechos que la Constitución reconoce o sólo a los denominados sociales.

3. El derecho de acceso a la protección de la salud como premisa fundamental de la vulneración a la igualdad en la decisión del Tribunal Constitucional

La Magistratura Constitucional construye la sentencia de inconstitucionalidad fundada principalmente en que la disposición legal que se objeta vulnera la igualdad a los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social.

Si bien es cierto que la premisa fundamental de la sentencia es la infracción al derecho a no ser discriminado arbitrariamente en materia de acceso a la salud, resulta imposible formular sólidamente la vulneración a dicha norma fundamental sin previamente sostener la infracción al derecho a la protección de la salud, la cual no se produce a nuestro juicio.

Por ello es que primeramente se analizará la eventual infracción al derecho a la protección de la salud como a la seguridad social, por constituir la vulneración a éstos la premisa sin la cual no es posible sostener violación alguna al principio de igualdad en esta materia.

3.1 Premisas que sostienen la infracción al contenido de los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social

Luego de citar las referidas disposiciones constitucionales y de afirmar que se trata de derechos sociales o de segunda generación, el sentenciador se vale del tenor literal de dichas normas, de parte de la historia fidedigna de su establecimiento y de parte de la doctrina, entre otras consideraciones, para formular las siguientes premisas que sustentarán la infracción a los señalados derechos.

- a) La sentencia afirma que la prestación asegurada por ambas disposiciones consiste en *“el libre e igualitario acceso a las acciones”* de salud (artículo 19 N° 9)⁴ como asimismo en garantizar *“el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”* (artículo 19 N° 18)⁵.
- b) Respecto al rol del Estado en la materia, señala que le cabe *“tanto un rol de control o supervigilancia(...)de las acciones relacionadas con la salud”*⁶ como *“en seguridad social”*⁷ y, asimismo, le corresponde un *“deber preferente(...) de garantizar la ejecución de las acciones de salud”*⁸ como *“el goce del derecho(...)a la seguridad social”*⁹.
- c) Luego, recuerda el Tribunal que la Carta Fundamental *“garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas”*¹⁰.
- d) Al existir un *“deber preferente”* del Estado de garantizar las acciones de salud, ello implica –citando al tratadista Silva Bascuñán– que aquél *“no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable”*¹¹, lo cual se condice con el rol subsidiario del Estado en la materia¹². De modo similar ello se predica respecto del derecho a la seguridad social¹³.
- e) Tratándose del derecho a la seguridad social, la solidaridad, junto con otros principios fundamentales de la seguridad social tales como la universalidad, la suficiencia, etc., han de entenderse incorporados en el derecho reconocido por el artículo 19 N° 19 de la Constitución¹⁴.
- f) Consecuencialmente, la Carta Fundamental exige, a su vez, *“que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión (también el derecho a la protección de la salud) han de ser suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados”*¹⁵.

⁴ STCCH, rol 1710/2010, c. 114°.

⁵ Ibidem, c. 133°.

⁶ Ibidem, c. 116°.

⁷ Ibidem, c. 135°.

⁸ Ibidem, c. 118°. El fallo subraya que este deber preferente la Constitución sólo lo contempla respecto de este derecho.

⁹ Ibidem, c. 135°.

¹⁰ Ibidem, c. 117°. En la protección a la salud, lo funda en el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, como asimismo en la prohibición de monopolio estatal sobre la materia. Respecto del derecho a la seguridad social, véase el c. 135°.

¹¹ Ibidem, c. 121°.

¹² Ídem.

¹³ STCCH, rol 1710/2010, c. 135°: *“Que (...) la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de garantizar el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados”*.

¹⁴ Ibidem, c. 129° y 130°.

¹⁵ Ibidem, c. 134°.

- g) Que el *“principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado(...) de garantizar económicamente el goce de estos derechos” (las prestaciones básicas uniformes) a “todos los habitantes”*¹⁶.

Entre otras consideraciones a las que nos referiremos con posterioridad –como el efecto del “cotizante cautivo”– el balance de la sentencia en esta materia es que las disposiciones cuestionadas resultan contrarias a la Constitución *“en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que le asiste a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política”*¹⁷.

Más adelante, en la parte valorativa, se discernirá si lo señalado se corresponde con el contenido efectivamente protegido por la Constitución. Entre otras interrogantes, nos preguntaremos si la Carta Fundamental exige uniformidad en todas las prestaciones de salud y de seguridad social o sólo respecto de las que se estiman *“básicas”*.

3.2 La naturaleza justiciable de la protección de la salud y de la seguridad social como premisa fundante de la vulneración a estos derechos

La primera sentencia sobre acción de inaplicabilidad del artículo 38 ter –el caso *Silvia Peña*– declaró que *“el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción que tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”*¹⁸.

Si bien el presente fallo no acogió la referencia al Estado Social, sí hizo suyas las opiniones de dos académicos que han sostenido la justiciabilidad de los derechos sociales.

El primero de los profesores citados por la sentencia –Nogueira Alcalá– afirma que *“los derechos fundamentales sociales se presentan en el sistema jurídico chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos”*¹⁹.

¹⁶ *Ibíd*em, c. 131° y 132°.

¹⁷ *Ibíd*em, c. 157°. A su vez, ésta conclusión se encuentra directamente fundada en el c. 155°, que expresa que atendido que el “seguro de salud (...) tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud(...), precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar”.

¹⁸ STCCH, rol 976/2007, c. 29°.

¹⁹ STCCH, rol 1710/2010, c. 94°, en que cita a Nogueira Alcalá (2008-2009), Tomo III, p. 26.

Enseguida y, refiriéndose al segundo autor, el fallo señala que tales derechos *“no sólo se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantía positiva, sino que en el actual debate jurisdiccional constitucional se discute su justiciabilidad, precisamente a partir de casos de revisiones judiciales del derecho a la salud acaecidos en varios países”*²⁰.

En la sección valorativa se discutirá si la afirmación precedente ha significado –como algunos pretenden– que el derecho a la protección de la salud ha pasado *“a ser un derecho con las mismas calidades que los derechos públicos subjetivos”*²¹. Entonces nos preguntaremos si la denominada justiciabilidad de los derechos sociales es tan plena y exigible como la que opera respecto de los derechos civiles y políticos.

3.3 La vulneración al derecho a la igualdad en el acceso a la atención médica

El Tribunal, junto con efectuar un breve recuento de la doctrina clásica en materia de igualdad –hay igualdades que son injustas así como desigualdades que son justas²²– invoca el criterio recaído en la tercera sentencia de inaplicabilidad del mismo precepto legal ahora sometido al juicio de inconstitucionalidad.

Entonces como ahora la sentencia hace suya la perspectiva alemana de la igualdad, que *“distingue conceptualmente entre ‘igualdades esenciales’ y ‘desigualdades esenciales’, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando personas o grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables”*²³.

De este modo, a juicio del fallo, se verifica una lesión a la igualdad ante la ley *“cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual”*²⁴.

Efectuadas las consideraciones generales previas, la Magistratura menciona los compromisos internacionales contraídos por Chile y que se tuvieron a la vista al momento de incorporar la oración *“hombres y mujeres son iguales ante la ley”* en el número 2° del artículo 19 de la Constitución.

²⁰ Ibídem, c. 94°, en que cita a Figueroa García Huidobro (2009), pp. 587-620. Adelante veremos que el caso adoptado como modelo es el de revisión judicial por la Corte Constitucional Sudafricana.

²¹ Couso y Reyes (2009), p. 188.

²² Ello es concluyente de la cita que hace el Tribunal de la fórmula aristotélica de la justicia como “igualdad entre iguales”, recogida por la citada jurisprudencia de la Corte Suprema como de la Magistratura Constitucional, en el rol 1710/2010, c. 98° y 99°.

²³ STCCH, rol 1710/2010, c. 100°.

²⁴ Ídem.

Uno de ellos es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, cuyo artículo 12. 1 compromete a los Estados Partes a adoptar *“todas las medidas apropiadas para **eliminar la discriminación contra la mujer** en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a **servicios de atención médica**(...)”*²⁵.

Para concluir –cita un par de autores extranjeros y una recomendación del Consejo de la Unión Europea– señala que *“el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo”, “pues no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable”*²⁶, por lo que el sexo, *“como factor actuarial, no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de seguros”*²⁷.

Precisando el reproche sobre el factor etéreo, en relación con la seguridad social, la Magistratura afirma que resulta *“incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida”*²⁸.

4. Otros presupuestos de la sentencia de inconstitucionalidad.

4.1. La conclusión del test de proporcionalidad

Afirma el fallo que el Tribunal ha examinado si la disposición legal objeto de este proceso constitucional cumple con ser (a) *“adecuado”* a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud, (b) *“indispensable para alcanzar los fines señalados”* y (c) *“si guarda proporcionalidad con tales objetivos”*²⁹.

En el considerando inmediatamente siguiente el Tribunal señala que *“ha logrado la convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.993 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos en nuestra Carta Fundamental”*³⁰.

En los considerandos siguientes –sin llegar a explicitar los fundamentos de los subprincipios del referido test de proporcionalidad– la sentencia profundiza

²⁵ STCCH, rol 1710/2010, c. 103° y 104° (La cursiva es de la sentencia).

²⁶ *Ibidem*, c. 105°, en que cita a Zoco Zabala (2007), p. 255.e

²⁷ *Ibidem*, c. 106°.

²⁸ *Ibidem*, c. 136°.

²⁹ *Ibidem*, por todas, c. 143°. *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*, c. 144°.

sobre los motivos acerca de la carencia de condiciones de razonabilidad o de parámetros razonables por parte de la regulación contenida en las normas legales sometidas a revisión de constitucionalidad.

En lo que al estricto método de proporcionalidad se refiere, el Tribunal sostiene que las disposiciones objetadas *"admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar(...) los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados"*³¹.

Enseguida añade que *"esa clase de disposiciones"* que brindan *"amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados(...)"* se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo³².

Así, parece desprenderse con claridad que el Tribunal asocia indisolublemente las estrictas exigencias del examen de proporcionalidad con la verificación del principio de razonabilidad, cuya satisfacción, a su vez, queda al parecer condicionada al cumplimiento de la igualdad en sus diversas manifestaciones, como puede ilustrarse en los considerandos 47° y 48° y siguientes de la sentencia.

4.2 Noción de derechos fundamentales: principios, reglas y la ponderación

A partir del considerando 89°, la sentencia efectúa un recuento doctrinario de algunas clasificaciones sobre la noción de derechos fundamentales. Luego, subraya la difundida distinción formulada por Alexy entre *principios* y *reglas*, identificando implícitamente las normas de principios como derechos fundamentales.

Siguiendo al autor citado, el fallo da cuenta del modo en que la distinción recién anotada es de utilidad para dilucidar los conflictos en materia de derechos fundamentales, por lo que en caso de colisión de principios, *"uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro"*, añadiendo que *"el criterio para tal dilucidación debe ser la ponderación"*³³, lo cual la sentencia reitera citando otra obra del autor alemán³⁴.

³¹ *Ibidem*, c. 145°.

³² *Ibidem*, c. 146°.

³³ *Ibidem*, c. 92°, en que cita a Alexy (2002), pp. 88-89.

³⁴ Se refiere a Alexy (2010), p. 59, donde afirma que la ponderación entre los principios "es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar

Conforme a lo reseñado, el Tribunal considera que los derechos reconocidos en las disposiciones constitucionales que se han estimado vulneradas en las sentencias de inaplicabilidad del artículo 38 ter, vale decir, aquellos derechos que se aseguran a toda persona en los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, además de ser fundamentales, *“corresponden a lo que Alexy denomina normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación”*³⁵.

5. Las principales conclusiones de la sentencia de inconstitucionalidad

5.1. La norma cuestionada no satisface el examen de proporcionalidad

Como se señaló en el 3.1 precedente, el Tribunal sostuvo que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo impugnado no cumplen con las exigencias del test de proporcionalidad, por lo que *“son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos en nuestra Carta Fundamental”*³⁶.

El incumplimiento del referido test de proporcionalidad genera la infracción a la que nos referiremos inmediatamente.

5.2. La disposición legal impugnada admite el establecimiento de diferencias arbitrarias al no prever límites razonables

La sentencia expresa que la vulneración a la igualdad ante la ley se produce no por establecer diferencias fundadas en la edad y el sexo, sino desde el momento en que la norma cuestionada autoriza la colaboración reglamentaria de un modo tan amplio que admite que la autoridad administrativa infrinja, por la vía de dictar instrucciones generales, su deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud como de seguridad social³⁷, apartándose así *“de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales”*³⁸.

Sobre este último aspecto y luego de preguntarse el sentenciador *“si el grado de discrecionalidad que el precepto(...)le entrega a la Superintendencia de Salud para actuar en la materia referida, corresponde a la envergadura de los bienes*

obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales.”

³⁵ STCCH, rol 1710/2010, c. 93°.

³⁶ Ibídem, c. 144°.

³⁷ Lo señalado se desprende del c. 145° al c. 152°.

³⁸ Ibídem, c. 146°: *“(...)debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales”*.

jurídicos que su ejercicio abarca o cubre”, concluye que la “forma y condiciones de la ejecución de las acciones de salud sí deben determinarse por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales”³⁹.

5.3. Otras consideraciones relevantes: de la “confiscación de las rentas” hasta el efecto de “cotizante cautivo”

Entre otros argumentos, la sentencia expone que, atendido que el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito es exponencial, admitiendo un reajuste indefinido del precio, de la regulación sujeta a examen *“se puede concluir que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que pueda ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado”⁴⁰.*

En cuanto al derecho a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea estatal o privado, señala que *“el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de ‘cotizante cautivo’ que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional”⁴¹.*

Este efecto indeseable posee una gravitación relevante en el resultado del fallo, como se verá a continuación.

5.4. Motivación decisiva de la sentencia: la indignidad que padece el cotizante cautivo

En uno de los considerandos finales, el fallo concluye que el aumento de los precios efectuado al amparo de la norma examinada *“puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, **ocasionando la indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”⁴².***

Atendido lo expuesto, señala que de la vigencia de las normas legales cuestionadas *“se desprende una **situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo***

³⁹ *Ibíd*em, c. 158°.

⁴⁰ *Ibíd*em, c. 155°.

⁴¹ *Ibíd*em, c. 157°.

⁴² *Ibíd*em, c. 160° (el destacado en negritas es nuestro).

el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución⁴³.

II. Observaciones críticas a la sentencia de inconstitucionalidad

1. La justiciabilidad de los derechos sociales como premisa basal del fallo

Como ya se señaló en la parte expositiva, la sentencia hace suyas las afirmaciones de Nogueira Alcalá en cuanto a que los derechos sociales gozan *"del mismo nivel jurídico y(...)la misma eficacia que los derechos civiles y políticos"*⁴⁴, como de Figueroa García Huidobro, quien sostiene que aquellos derechos *"se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantía positiva"*⁴⁵.

Similar planteamiento ya se había esbozado en la primera sentencia de inaplicabilidad –el caso *Silvia Peña*⁴⁶– lo que ha llevado a algunos a sostener, apresuradamente a nuestro juicio, que el derecho a la salud ha pasado *"a ser un derecho con las mismas calidades que los 'derechos públicos subjetivos'"*⁴⁷.

De este modo la sentencia elabora el punto de arranque para conducir hábilmente a la inevitable conclusión de que los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social, del modo como los entiende el Tribunal, han sido vulnerados por gozar del mismo grado de exigibilidad o eficacia directa que los denominados derechos individuales (o derechos civiles y políticos).

Atendida la naturaleza de este trabajo sólo esbozaremos algunos inconvenientes que esta atractiva formulación plantea no sólo para los derechos civiles y políticos sino que también para los mismos derechos de prestación, pero antes advertiremos lo complejo que resulta la posición de la sentencia en esta materia.

1.1 ¿Los derechos sociales son igualmente justiciables que los derechos civiles o políticos?

Problemático resulta para las futuras perspectivas del fallo comentado que la posición adoptada por el Tribunal en este particular aspecto haya sido par-

⁴³ *Ibidem*, c. 161° (el destacado en negritas también es nuestro).

⁴⁴ STCCH, rol 1710/2010, c. 94°. Cabe señalar que anteriormente el mismo autor citado señalaba en Verdugo, Pfeffer y Nogueira (1994), pp. 201-204, que el derecho a la protección de la salud se trataba de una norma programática orientadora de la actividad estatal y de los particulares, sin eficacia directa, que no garantiza el derecho, sino que sólo protege el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud previstas por la Constitución.

⁴⁵ Figueroa García Huidobro (2009), pp. 587-620.

⁴⁶ STCCH, rol 976/2007, c. 29°: "el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción que tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea".

⁴⁷ Couso y Reyes (2009), p. 188.

cialmente desmentida –en recientes trabajos– por el mismo autor citado en el considerando inmediatamente siguiente al que sustenta la plena exigibilidad de los derechos sociales.

En efecto, el sentenciador se vale de un artículo publicado por el profesor Figueroa García Huidobro⁴⁸ el año 2009 para complementar la conclusión adoptada sobre la materia, siendo del todo pertinente la cita del referido autor en tal sentido, ya que efectivamente éste sostiene lo que el fallo señala y tuvo a la vista al redactarlo.

El punto es que el mismo autor citado por la Magistratura Constitucional morigeró el juicio categórico adoptado por ésta, como quiera que el profesor admita en un artículo publicado durante el presente año, que la propia Corte Constitucional sudafricana –el modelo a seguir según varios autores– “*señaló que estos derechos son, hasta cierto punto, justiciables*”⁴⁹.

Además de relativizar la posición tradicionalmente sustentada sobre la plena eficacia de los derechos sociales, el trabajo del profesor Figueroa advierte que en la mayoría de los casos pronunciados por la Corte Constitucional sudafricana, citados como modelos de justiciabilidad, la exigibilidad de los referidos derechos no aplica con la misma *eficacia directa* con la que ésta opera respecto de los derechos civiles y políticos, por parte de los tribunales ordinarios o especializados de justicia constitucional.

Así, en la casi totalidad de los casos resueltos por la magistratura sudafricana, ésta ha sustentado lo que podríamos denominar una exigibilidad mediata o indirecta que podría sintetizarse en que, por una parte, el referido Tribunal ha adoptado decisiones meramente declarativas que no invalidan el precepto impugnado⁵⁰, mientras que por la otra, algunas de sus resoluciones han tenido como fundamento inmediato el derecho a no ser discriminado arbitrariamente en el acceso a un beneficio o prestación antes que directamente en el derecho social invocado⁵¹, lo cual da cuenta en estos casos, de una exigibilidad o jus-

⁴⁸ Figueroa García Huidobro (2009), pp. 587-620.

⁴⁹ Figueroa García Huidobro (2010), p. 129. Por otra parte, Squella Narducci (2007), p. 122, relativiza también el carácter “directamente justiciable” de los derechos sociales, “puesto que al no hallarse satisfechos en un caso dado, la persona afectada no puede presentarse ante un juez para que se le reconozca el derecho y se le proporcione, directamente, la educación, el empleo o la salud que no tiene en ese momento”.

⁵⁰ En el caso Grootbom, CCT 11/00, si bien el Tribunal estimó inconstitucional la política de vivienda y señaló los criterios que debía satisfacer, no dictó una orden de exigibilidad directa. En Elizabeth Municipality, CCT 53/03, la Corte también se limitó a dictar una sentencia meramente declarativa que apoyaba el anterior fallo de la C. Suprema sobre la materia.

⁵¹ En el caso Treatment Action Campaign, CCT 8/02, la Corte Constitucional efectuó un juicio de política pública sobre un programa de salud y ordenó al gobierno eliminar las restricciones de acceso a ese programa y adoptar medidas para facilitar el acceso a la droga, entre otras tendencias a eliminar las barreras de acceso. En Khosa y Mahlaule CCT 12/03, interpretó latamente la expresión de un precepto con el fin de hacer extensible determinado beneficio de asistencia social a los extranjeros residentes.

ticiabilidad mediata, o bien encubierta por un derecho que no es de aquellos que pueden denominarse como sociales⁵².

Expuesto lo anterior, veremos en qué sentido es posible sostener que los derechos sociales no son igualmente justiciables que los derechos individuales⁵³.

1.2 Los derechos sociales no son igualmente justiciables que los derechos civiles y políticos: no gozan de eficacia directa

Constatado, en el caso sudafricano, que los derechos sociales no son tan directa y plenamente exigibles como lo son habitualmente los derechos civiles y políticos, estimamos que no es pertinente ni conveniente agrupar bajo un mismo denominador común derechos que no gozan de la misma identidad en lo que a justiciabilidad se refiere.

En cuanto a la pertinencia de la denominación, si por justiciabilidad entendemos exigibilidad o eficacia directa y plena, y de esta perspectiva entre los derechos sociales y los derechos civiles o políticos existen más diferencias que semejanzas, no cabe otorgarles a los derechos sociales un atributo del que, en gran medida, carecen.

Tampoco es preciso denominar a los derechos de prestación como justiciables si no se precisa en qué consiste dicha exigibilidad, ya que ésta lo es en un sentido muy distinto respecto de los denominados derechos de primera generación. Al tratarse de una justiciabilidad en grado e intensidad tan diversos es mejor hablar derechamente de que los derechos sociales no son justiciables si no se dice qué se entiende por tal calificación⁵⁴.

De lo contrario, se arriesga que por fortalecer a los segundos (los derechos sociales) se termine debilitando a los primeros (los derechos civiles o políticos).

La inconveniencia de considerar como directamente justiciables a los derechos sociales estriba en que mientras en éstos la adjudicación depende en buena medida de la abundancia o escasez de los recursos financieros, entre otras consideraciones de política pública, en el caso de los derechos civiles o políticos

⁵² Sobre la materia sugiero revisar las conclusiones de Palmer (2007) pp. 47-48, sobre la justiciabilidad de los derechos sociales en la perspectiva comparada. Señala en p. 48 que en EE.UU. como en Canadá los tribunales han brindado esporádicamente protección a los derechos prestacionales acudiendo a las cláusulas de protección a la igualdad o al debido proceso.

⁵³ Para una discusión más amplia y con argumentos adicionales a los aquí esbozados, Martínez Estay (2010), pp. 1-28.

⁵⁴ Figueroa (2010), p. 127, emplea la expresión "justiciabilidad" como "control judicial", aunque el Tribunal Constitucional asume dicha expresión como sinónimo de "eficacia", término constitucionalmente mucho más acotado que el de control.

la tutela de los mismos no depende de análogos factores, sino que fundamentalmente de jueces dispuestos a reconocerles a Cayo y a Ticio *lo suyo*.

En este sentido, si bien la afirmación de Alexy en cuanto a que los derechos fundamentales constituyen "*mandatos de optimización*" puede resultar aplicable a los derechos de prestación –para cuya satisfacción no sólo basta un juez firmemente dispuesto a adjudicarlo– creemos firmemente que ello no resulta extensible a otros bienes como los derechos a la vida, a un juicio imparcial, a la intimidad o a no ser discriminado arbitrariamente, entre otros, cuya justiciabilidad directa –aunque siempre perfectible– depende principalmente de la condición humana antes de cualquier otra consideración.

2. La protección de la salud y de la seguridad social ¿derechos que aseguran el punto de llegada antes que el de partida?

Ya Bobbio expresaba que los derechos sociales, como manifestación de la búsqueda de la igualdad de oportunidades, son derechos que buscaban asegurar el punto de partida antes que el de llegada⁵⁵.

En el presente caso, el entusiasmo por el afán de justicia ha llegado al punto –particularmente aplicable respecto del derecho a la protección de la salud– de invertir la fórmula al estimar que la Carta Fundamental asegura no sólo el derecho de acceder, sino también de permanecer en el plan de salud privado por parte de los requirentes mayores de edad.

No obstante tratarse de una sentencia de inconstitucionalidad, ésta igualmente basa sus fundamentos en razones constitucionales y en consideraciones de derecho fundamental, motivo por el cual independientemente de la simpatía que pueda tenerse con el resultado del fallo, sus fundamentos lo trascienden en la interpretación de los derechos fundamentales, motivo por el cual procuraremos mostrar que el Tribunal fuerza en demasía los límites del contenido protegido por el derecho a la protección de la salud.

El siguiente autor explica sintéticamente por qué la igualdad no puede ser de todos en todo, sino que de todos en algo: "*no se quiere propiciar que todos deban ser iguales en todo respecto de sus condiciones de vida, sino que todos sean a lo menos iguales en algo, a saber, en la satisfacción de sus **necesidades básicas de educación, salud, trabajo, vivienda, descanso y asistencia social***"⁵⁶.

⁵⁵ Bobbio (1993), p. 77.

⁵⁶ Squella Narducci (2005), p. 111 (lo destacado en negritas es nuestro).

2.1 Las prestaciones sociales como derechos pendientes de realización

Asegurados los derechos sociales con “*la misma eficacia que los derechos civiles y políticos*”⁵⁷ el paso siguiente estriba en observar los derechos a la protección de la salud o a la seguridad social como si se tratara de derechos directamente vinculantes cuya exigibilidad ha de operar sin mayor consideración de los preceptos legales que desarrollan dicho derechos y garantizan las prestaciones.

Lo anterior pudo haber contribuido a pasar por alto que tratándose de derechos que caben ser satisfechos “*dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”⁵⁸ la definición constitucional sobre los mismos no puede ser exhaustiva, por lo que corresponde a la Constitución sólo la determinación de su contenido mínimo o esencial, siendo su delimitación tarea primaria del legislador que desarrolle progresivamente el precepto fundamental⁵⁹.

De este modo, el contenido efectivamente garantizado por un derecho de tipo prestacional no puede quedar determinado sólo por el mínimo –contenido esencial– definido por la Carta Fundamental, sino por éste en consideración al desarrollo legislativo del derecho en cuestión⁶⁰, por lo que estimamos pertinente señalar que los derechos sociales son derechos en permanente adecuación y realización, en buena medida porque deben ser satisfechos “*en la mayor medida de lo posible*” conforme a las posibilidades financieras existentes⁶¹, lo cual implica que las referidas prestaciones siempre estarán pendientes de realización y perfeccionamiento.

Si el reproche de constitucionalidad efectuado por el Tribunal es –fundamentalmente– respecto del libre e igualitario acceso a las acciones de salud, cabe preguntarse cuáles son las prestaciones garantizadas por el derecho a la protección de la salud y su progenie legislativa, a fin de determinar en qué sentido la norma cuestionada pudo haber vulnerado el derecho a la protección de la salud.

⁵⁷ STCCH, rol 1710/2010, c. 94°.

⁵⁸ En este estricto sentido estimamos aplicables las afirmaciones de Alexy (2002), p. 86.

⁵⁹ Así lo reconoce críticamente Silva Cimma (1996), quien señala que las consideraciones en torno al derecho a la salud “en ningún modo implican que podamos afirmar enfática (sic) que el derecho a la salud se encuentra muy diáfana y claramente consagrado en la norma constitucional(...). Al contrario, creemos que falta mucho todavía para que pueda llegar a lograrse el reconocimiento de lo que significa la realidad del derecho a la salud amparado por la norma constitucional”.

⁶⁰ Ello es coherente con la convicción de que los derechos sociales son derechos que aseguran el punto de partida antes que el de llegada.

⁶¹ Así lo ha sostenido recientemente el Tribunal Constitucional Español en STCE N° 128/2009, Fundamento Jurídico 4, en que sostuvo: el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)” (lo destacado es nuestro).

2.2. ¿En qué consiste la prestación garantizada por la Constitución y la ley en el derecho a la protección de la salud?

Constatado que el avance en los derechos sociales depende, en buena medida, del impulso que reciban de la regulación legal que los desarrolle, cabe referirse al modo en que las referidas prestaciones se encuentran garantizadas considerando la regulación constitucional y legal de tales derechos.

El artículo 19 N° 9 de la CPR asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud. Conforme a dicha norma, el *“Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”*. Estas prestaciones constituyen el contenido mínimo o esencial del derecho, correspondiéndole al Estado garantizar la ejecución de tales acciones de salud *“en la forma y condiciones que determine la ley”*.

En consonancia con lo dicho, la Magistratura Constitucional, pronunciándose en la Sentencia rol N° 1.266 recaída en un recurso de inaplicabilidad para impugnar el artículo 33 bis de la Ley N° 18.933 –actual artículo 190 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud– sostuvo que *“[d]e la sola lectura de este precepto resulta claro que el derecho a las acciones de salud no es ilimitado, sino que debe ejercerse en la ‘forma y condiciones que determine la ley’. Naturalmente que la ley no puede regularlo de manera irracional, caprichosa o de un modo que afecte los derechos en su esencia o les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*.

De las cuatro acciones que el Estado debe garantizar y, en lo pertinente al fallo, interesa tener claridad respecto de las acciones de *“promoción”* y *“protección”* de la salud.

Según la doctrina mayoritaria⁶², de ambas actividades prestacionales –*promoción* y *protección*– se desprende la obligación del Estado de crear las condiciones necesarias para que las personas se vean menos expuestas a riesgos que pongan en peligro o dañen su salud, como a defender y ayudar a quienes actualmente se encuentran más expuestos a sufrir un deterioro en su salud⁶³.

Por su parte, la legislación que ha desarrollado y complementado el derecho a la protección de la salud –fundamentalmente las leyes N° 18.469⁶⁴, y N° 19.966

⁶² Además de los clásicos Silva Bascuñán (2008), Cea Egaña (2002), Verdugo, Pfeffer y Nogueira (2002), se consultó a Álvarez Rojas (1990); Bulnes Aldunante (2005), (2001) y (1998); Nancuante Almonacid y Sotomayor Klapp (2001) y Vásquez Márquez (2005), entre otros autores. Para una mirada panorámica fundamentalmente en lo descriptivo, Couso y Reyes (2009).

⁶³ Silva Bascuñán (2008), pp. 133-134.

⁶⁴ Ley N° 18.469 que *“regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud”*.

conocida como AUGE– han ido consagrando de modo progresivo prestaciones básicas y uniformes.

Mientras la primera ley estableció que el “*Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrá negar atención a quienes lo requieran ni condicionarla al pago previo de tarifas, o aranceles fijados a este efecto*”⁶⁵ –creando asimismo un régimen de prestaciones de salud– la reforma del AUGE introdujo mecanismos con el objeto de asegurar una cobertura mínima de asistencia sanitaria, consistentes en transformar en exigibles, tanto para el sistema público (FONASA) como para el privado (ISAPRES), la cobertura de un número creciente de patologías (ochenta al año 2010) bajo las garantías explícitas de *acceso, calidad, oportunidad y cobertura financiera*⁶⁶.

De hecho la Ley AUGE incorporó un régimen de garantías de salud con el fin de asegurar que “*toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su **edad, sexo**, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, pueda contar con un mecanismo de protección social que le dé acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones de enfermedad*”⁶⁷.

Advertido lo anterior, no se comprende en qué sentido las disposiciones cuestionadas por el Tribunal podrían equivaler a una vulneración al derecho a la protección de la salud en lo que a acceso a las prestaciones se refiere.

2.3 La uniformidad no se exige de todas las prestaciones, sino de las que la Carta y la ley consideran básicas: ¿derecho fundamental a permanecer en el sistema de salud privado?

Veremos si revisadas las premisas del fallo en materia de protección a la salud, es posible arribar a similares conclusiones que las previstas en la sentencia.

Premisa a) El derecho a la protección de la salud asegura “*el libre e igualitario acceso a las acciones*” de salud.

Premisa b) Al Estado le corresponde un “*deber preferente(...)de garantizar la ejecución de las acciones de salud*”.

⁶⁵ Ley N° 18.469, art. 2.

⁶⁶ La garantía de acceso se refiere al derecho a recibir atención en su lugar de residencia. En virtud de la garantía de oportunidad, debe haber un límite de tiempo máximo entre la primera atención y el posdiagnóstico. La garantía de calidad asegura que las prestaciones se realizarán según estándares técnicos preestablecidos a partir de evidencia médica. Por último, conforme a la garantía de cobertura financiera, se dispone de financiamiento fiscal para asegurar la atención.

⁶⁷ Mensaje presidencial correspondiente al proyecto de ley que estableció un régimen universal de garantías de salud, Boletín 2947-11 (lo destacado en negritas es nuestro).

Premisa c) También se *"garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas"*.

Premisa d) Asimismo –interpretando, como lo hace el Tribunal– el *"principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado (...) de garantizar económicamente el goce de estos derechos"*, conforme a los principios de universalidad, uniformidad y suficiencia.

Sentadas las indicadas premisas, la sentencia concluye que las disposiciones cuestionadas resultan contrarias a la Constitución *"en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política"*⁶⁸.

Del reproche de constitucionalidad planteado, estimamos que del hecho indiscutido de que la prestación asegurada por el derecho a la protección de la salud deba ser satisfecha por el sistema público o privado, indistintamente, no se deriva indefectiblemente que la *suficiencia, universalidad y uniformidad* tenga que brindarse respecto de todas las prestaciones de salud, sino que solamente de aquellas que la ley considera *básicas*.

Si lo anterior es efectivo, el derecho a permanecer en el sistema público o privado elegido –en ello se ha traducido la libre elección– no puede sino entenderse en relación a la satisfacción de las prestaciones básicas a que igualitariamente deben tener acceso las personas con independencia de su edad, condición social, sexo, etc.

Lo contrario supondría el reconocimiento de un particularísimo derecho adquirido a permanecer con las prestaciones garantizadas contractualmente en el sistema privado de salud elegido, prestaciones que exceden con mucho las garantías básicas, igualitarias y uniformes a cuyo acceso se tiene indubitado derecho.

Nuestra objeción se funda no sólo en las consideraciones precedentemente expuestas en cuanto a que a los derechos sociales cabe asegurar un punto de partida, unas prestaciones básicas, con independencia que ese mínimo vaya progresivamente cerrando la brecha con el óptimo y acercándose al punto de llegada.

⁶⁸ STCCH, rol 1710/2010, c. 157°. A su vez, esta conclusión se encuentra directamente fundada en el c. 155°, que expresa que atendido que el *"seguro de salud (...) tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud(...), precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar"*.

En segundo término, lo anterior se condice plenamente con lo ya señalado respecto que las prestaciones sociales son derechos siempre pendientes de realización, motivo por el cual la Constitución previó el desarrollo y complemento de las acciones de salud “en la forma y condiciones que determine la ley”.

Esta misma Magistratura, pronunciándose sobre el referido derecho a la protección de la salud, ha dicho que “[d]e la sola lectura de este precepto resulta claro que el derecho a las acciones de salud no es ilimitado, sino que debe ejercerse en la ‘forma y condiciones que determine la ley’. Naturalmente que la ley no puede regularlo de manera irracional, caprichosa o de un modo que afecte los derechos en su esencia o les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”⁶⁹.

En cuarto lugar, lo señalado también se coherente, en una interpretación sistemática y finalista, con el derecho a la seguridad social, el que explícitamente consagra el “goce de prestaciones **básicas** uniformes” a todos los habitantes.

De este modo, si el intérprete ha complementado la interpretación del derecho a la salud a partir de algunos elementos favorables que presenta el derecho a la seguridad social (universalidad y suficiencia) la ecuanimidad exige también que el Tribunal debe haberse hecho cargo de aquellos elementos que sin ser odiosos no resultaban tan favorables a su análisis (carácter mínimo o básico de las prestaciones).

En sexto lugar, la generalidad de la doctrina, de la jurisprudencia judicial y constitucional no han concebido una interpretación tan extensiva de la referida disposición constitucional ni tampoco ella se desprende de las concepciones menos conservadoras que sobre el punto quedaron plasmadas en la discusión que tuvo lugar en la Comisión Ortúzar.

De este modo, si la obligación del Estado de dirigir su acción a asegurar el acceso y permanencia igualitarios al goce de prestaciones básicas uniformes se encuentra garantizado por la Constitución y la ley, la elasticidad del artículo 19 N° 9 no puede llegar al extremo de entender que se reconoce un derecho a permanecer con la cobertura del sistema privado de salud contratado.

3. ¿Puede haber privación de algo respecto de lo cual no existe derecho? ¿De qué igualdad estamos hablando?

Hemos sostenido que las disposiciones legales cuestionadas no infringen el derecho a la protección a la salud fundado en que aquéllas aseguran un piso

⁶⁹ STCCH, rol N.° 1266/2008, c. 23°. Recaída en un recurso de inaplicabilidad cuyo objetivo era impugnar el artículo 33 bis de la Ley N°18.933, actual artículo 190 del D.F.L. N°1, de 2005, del Ministerio de Salud.

–acceso igualitario a prestaciones básicas– que es el que la Constitución asegura, y no un techo -derecho a permanecer con la cobertura del sistema privado de salud contratado.

Según lo ya señalado, que el acceso a las prestaciones de salud sea igualitario significa que debe asegurarse una atención de una calidad básica mínima, con prestaciones sanitarias básicas iguales para todos y una oportunidad de atención también igualitaria, con prescindencia de la situación económica de las personas y del lugar que ocupan dentro de la sociedad.

De este modo, una discriminación arbitraria tendría lugar en caso que una normativa legal o administrativa impidiera o restringiera injustificadamente el acceso a alguna prestación de salud respecto de la cual tengo derecho constitucional o legalmente reconocido.

El punto es que en el presente caso al no existir derecho fundamental (art. 19 N° 9) ni legal (N° 18.469 y N° 19.966) alguno que sustente la exigencia de permanecer en el sistema de salud privado según las prestaciones contratadas, tampoco podría verificarse discriminación arbitraria por parte de un acto legislativo o de autoridad administrativa que no asegurara dicha pretensión.

Lo anterior se funda en una obviedad que suele pasarse por alto: que no hay igualdad a algo de lo que se carece. Dicho de otro modo: no es posible demandar igualdad respecto de lo cual no se tiene derecho. A modo ilustrativo, no se puede exigir acceso gratuito a la Universidad si la Constitución no asegura el acceso a la educación superior en dichos términos.

Por el contrario, dado que la cobertura sanitaria exigida por la Carta Fundamental y sus leyes complementarias protege el acceso universal a determinadas prestaciones básicas, no podría una norma jurídica restringir su acceso injustificado por motivos de sexo, edad, condición social o lugar de residencia sin que con todo ello se configurara una discriminación arbitraria⁷⁰.

En fin, si no se ha infringido el derecho a la protección de la salud, tampoco es posible sostener que en dicho respecto ha habido una vulneración del derecho de igualdad ante la ley de los destinatarios de la norma legal declarada inconstitucional

Consecuencialmente, si las disposiciones legales objetadas por el Tribunal no infringen el derecho de protección a la salud, la aplicación del factor de sexo o

⁷⁰ En este sentido concordamos en general con Zúñiga Fajuri (2010), p. 3, cuando señala “que una vez determinado el mínimo sanitario, su cobertura no podrá restringirse por la administración en razón de circunstancias como la edad, el sexo o el lugar de residencia”.

edad tampoco podrá constituir discriminación arbitraria alguna, como quiera que las referidas restricciones autorizadas por las disposiciones cuestionadas no afectan el acceso ni la permanencia a que las personas-residentes⁷¹ tienen derecho, esto es, al acceso y cobertura igualitaria de prestaciones básicas de salud.

4. Otros aspectos críticos de la sentencia

4.1. La (in)aplicación del examen de proporcionalidad

El Tribunal ya había advertido, al analizar la eventual lesión a la igualdad ante la ley, que para dimensionar la infracción a dicho principio en caso que los mismos destinatarios de la norma fueran tratados de manera distinta, se *"requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto"*⁷².

No obstante el imperativo señalado para justificar la legitimidad de la norma impugnada, la sentencia no expone de qué modo se verían satisfechos los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (propiamente tal) para llegar a la convicción que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley 18.993 vulneran el derecho a la igualdad ante la ley.

Por el contrario, la sentencia sólo se limita a señalar que las disposiciones legales objetadas satisfacen los estándares del test de proporcionalidad, esto es, que *"son adecuadas"*, *"cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados"* y *"si guarda proporcionalidad con tales objetivos"* sin añadir nada respecto de los motivos que justificarían la idoneidad y necesidad de la restricción, por parte de la norma objetada, en la esfera protegida de los derechos invocados. Nada se dijo, tampoco, respecto del cumplimiento del subprincipio de proporcionalidad.

El fallo dice que las disposiciones cuestionadas satisfacen el cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad sin señalar en qué sentido se justifica el cumplimiento de requisitos que no son autoevidentes en su comprensión.

De este modo, en la presente sentencia no hay, *strictu sensu*, un examen de proporcionalidad, sino que la mera reafirmación de conclusiones cuyas premisas se desconocen.

⁷¹ En efecto, el plan AUGE asegura el acceso, calidad, oportunidad y costo de las prestaciones garantizadas por dicha ley a "las personas residentes en el territorio nacional". El trabajo de Zúñiga Fajuri (2010), cit., en nota al pie precedente, da cuenta en qué sentido dichas garantías han sido vulneradas por la autoridad administrativa, infringiendo el principio de igualdad.

⁷² STCCH, rol 1710/2010, c. 100°.

4.2. El previsible impacto de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en las políticas públicas. ¿La Constitución debe dar respuesta a todas las injusticias?

Ha sido un cliché criticar los efectos generales que las sentencias de los tribunales de justicia –no sólo las del TC– generan en la realidad social o en las políticas públicas cuya formulación y aplicación corresponde a los órganos colegisladores.

Coincidimos en lo cuestionable que resulta que los tribunales midan las consecuencias generales de sus decisiones particulares, toda vez que ello alcanzaría negativamente la función primigenia de la justicia del caso concreto que es dar a cada uno lo suyo⁷³.

Sin embargo, dicha crítica no es extensible al Tribunal Constitucional en el caso del ejercicio de su atribución de declarar inconstitucional un precepto legal, ya que en este evento es la propia Carta Fundamental la que ha previsto entregarle una función que –aunque fundada en el derecho– indefectiblemente tendrá efectos generales⁷⁴ y, por lo mismo, es probable que afecte políticas públicas.

Así por lo demás lo ha entendido la propia Magistratura Constitucional al señalar que en la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal debe ponderarse *“si una eventual declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado en estos autos podrá acarrear efectos aun más nocivos que aquellos que importa la supervivencia”*⁷⁵ de la norma jurídica bajo examen.

En los casos de mayor ocurrencia, en cambio –las sentencias de inaplicabilidad– la pregunta no es si los fallos del Tribunal pueden afectar o no políticas públicas. Lo relevante a nuestro juicio es procurar que la afectación en dicho ámbito se produzca como efecto consecuencial y no directo de la sentencia.

En efecto, si el resultado de una sentencia de inaplicabilidad tiene perjuicios en una política pública, el Tribunal no habrá sino efectuado su rol constitucional de hacer justicia en el caso concreto, lo que supone necesariamente que en ocasiones debe brindarle a Cayo y a Ticio lo suyo⁷⁶ *“aunque perezca el mundo”*⁷⁷.

⁷³ Sin perjuicio de la obligatoriedad del efecto relativo de los fallos de los tribunales de justicia como de la sentencia de inaplicabilidad, es de la esencia de la justicia “darle a Cayo y a Ticio lo suyo”.

⁷⁴ El artículo 94, inciso tercero, de la CPR señala que “el precepto declarado inconstitucional (...) se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo”.

⁷⁵ STCCH, rol 1173/2008, c. 23°. Previamente, en la STCCH, rol 558(590)/2006, c. 19° afirmó que el intérprete constitucional “no debe desatender los efectos reales que sus decisiones pueden tener para el funcionamiento pleno de las instituciones que gobiernan el Estado de Derecho”. En el mismo sentido, la STCCH, rol 1.254, c. 21°

⁷⁶ Pertinente resulta, por tanto, la afirmación sostenida en la STCCH, rol 1710/2010, c. 44°, de que es inevitable “que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural (...), lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza de impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural.”

⁷⁷ Cicerón, *La República*, Cap. V, en que afirma que debe hacerse justicia “aunque perezca el cielo”.

El punto central estriba en que tratándose de una sentencia de inconstitucionalidad, la valoración del interés público que reviste la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada debe ser ponderada a la luz de graves vulneraciones a la Carta Fundamental, como la propia Magistratura lo ha señalado.

Así, cuando el Tribunal Supremo norteamericano autorizó a una persona de color asistir a clases en el mismo colegio público de los blancos –declarando inconstitucional la norma estatal que establecía la segregación– podemos imaginar el gigantesco e inmediato impacto que ello tuvo en el diseño y aplicación de la política pública educacional en los estados sureños de Estados Unidos, pero dicho resultado se produjo como efecto consecuencial o indirecto de haberle reconocido “*lo suyo*” al recurrente de color, esto es, su derecho indubitado a no ser discriminado arbitrariamente por motivos de color⁷⁸.

Siguiendo dicho ejemplo, estimamos que atendido el efecto *erga omnes* de la sentencia de inconstitucionalidad, sólo en casos calificados de graves infracciones a la Constitución por parte de la disposición legal que se objeta, la única motivación que ameritaría una declaración de efectos generales sería que la injusticia que se pretende erradicar con la referida sentencia fuera de aquellas que “*claman al cielo*”.

Abrigamos dudas acerca de la conveniencia de declarar la inconstitucionalidad en casos en que sin existir una clara e indubitada infracción a la Constitución, tampoco la legislación cuestionada sea una de aquellas que pueda dar lugar a una injusticia atroz.

No creemos que la Carta Fundamental deba ser una respuesta a todas las injusticias. Sin duda éstas se presumen cuando la vulneración a los derechos fundamentales es grave y flagrante. Pero en casos de duda, lo que puede contribuir a inclinar la balanza es la injusticia atroz, no cualquier injusticia.

Si pensáramos que la Constitución debe prever una solución a todas las injusticias –aunque éstas no fueran atribuibles a la infracción de derechos fundamentales– podría darse el absurdo que el día de mañana se declarase inaplicable y, más tarde inconstitucional, la ley que permite que los dividendos puedan seguir subiendo en el caso de los mayores de cierta edad.

De conformidad con la lógica subyacente en el presente fallo, ello podría configurar una situación de *indignidad* equiparable a una infracción al principio de igualdad y no discriminación arbitraria.

⁷⁸ Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

En concreto, estimamos que la *indignidad* resultante del aumento de los precios efectuado al amparo de la norma objetada no sólo no es atribuible directamente a ésta, sino que tampoco encuentra su anclaje en la vulneración de algunos de los derechos fundamentales. Menos todavía pensar que la situación padecida por los afectados por el alza de sus planes de salud pueda ser calificado como un caso de grave injusticia.

Bibliografía

ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

ALEXY, Robert (2010): *La Institucionalización de la Justicia* (Granada, Editorial Comares).

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing).

BOBBIO, Norberto (1993): *Igualdad y libertad* (Barcelona, Editorial Paidós).

BULNES ALDUNATE, Luz (2001): "El derecho a la protección a la salud en la Constitución de 1980", *Actualidad Jurídica*, Año II, N° 4, pp. 131-148.

BULNES ALDUNATE, Luz (2005): "El derecho a la protección a la salud en la Constitución de 1980", *Gaceta Jurídica*, N° 295, pp. 12-29.

CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II).

CICERON, *La República*.

COUSO, Javier, y REYES, Mauricio (2009): "Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 2, pp. 161-194.

FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo (2010): "Modelo de control jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales", en Cazor A., Kamel, y Salas S., Carolina (coord.), *Estudios Constitucionales* (Santiago, Editorial Librotecnia), pp. 127-145

FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO., Rodolfo (2009): "Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión teórica", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N°3, pp. 587-620.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio (2010): "Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena" [Versión preliminar del artículo aceptado para su publicación en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile].

NANCUANTE ALMONACID, Ulises, y SOTOMAYOR KLAPP, Roberto (2001): *Derecho a la Salud* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008-2009): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Tomo I).

PALMER, Ellie (2007): *Judicial Review, Socio Economic Rights and the Human Rights Act* (Oxford, Hart Publishing).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2008): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo XII).

SILVA CIMMA, Enrique (1996): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios fundamentales del Derecho Público Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2005): "El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas", *Anuario de Filosofía Política y Social*, Edeval, pp. 103-133.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio (2005): "El Déficit Garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución", XXXIV Jornadas de Derecho Público Universidad Católica, 25-27 de noviembre de 2004 (Santiago, Editorial LexisNexis).

VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I).

ZOCO ZABALA, Cristina (2007): "Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 30, pp. 209-260.

ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2010): "Conflicto de poderes en la regulación del derecho a la asistencia sanitaria", Ponencia en las XL Jornadas de Derecho Público, Valparaíso (versión preliminar).

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2008): "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°20, pp. 83-109. Disponible en www.cde.cl en línea [Fecha de consulta: 7 de octubre de 2009].

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 06 de agosto de 2010, Rol 1.710/2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 8 de septiembre de 2009, Rol N° 1.287/2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 16 de abril de 2009, Rol 1.173/2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 29 de enero de 2009, Rol N.° 1.266/2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 26 de junio de 2008, Rol N° 976/2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 05 de junio de 2007, Rol N° 558 (590)/2006.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso Grootboom, 04 de octubre de 2000 (CCT 11/00).

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso Treatment Action Campaign, 05 de julio de 2002 (CCT 8/02).

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso Khosa y Mahlaule, 04 de marzo de 2004 (CCT 12/03).

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso Elizabeth Municipality, 01 de octubre de 2004 (CCT 53/03).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (STCE), N° 128/2009.

TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO, Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

Requisitos de procesabilidad de la empresa mandante o dueña de la obra en la sub-contratación laboral

COMENTARIO DE:

Cecily Halpern Montecino

Directora de Carrera
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Texto completo del fallo:

Corte Suprema de Justicia 25/09/2010, Morales Riquelme, Jorge c/ I. Municipalidad de Pucón.

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil diez.

Vistos:

Ante el Juzgado del Trabajo de Pucón, en autos rol N° 773-2009, don Jorge Morales Riquelme dedujo demanda en contra de Lucy Nadia Mitsu Montecinos y Cía., representada por don Rufino Aguilera Montecinos, a fin de que se declare la nulidad de su despido y condene a la demandada al pago de los sueldos, horas extraordinarias, cotizaciones previsionales y el aumento del artículo 168 del Código del Trabajo, con reajustes, intereses y costas.

A fojas 24, la demandante modifica y complementa la demanda. En cuanto a la modificación, sustituye el sujeto pasivo de la acción haciendo presente que el domicilio de la demandada original está en Rancagua, lo que hace onerosa y compleja la gestión jurídica en su contra, motivo por el cual, demanda a la Municipalidad de Pucón como dueña de las obras de mejoramiento del Estadio Municipal de esa ciudad en que ejerció las labores su representado. La complementación del libelo dice relación con la vinculación jurídica del actor con la Municipalidad de Pucón, por haberse celebrado entre ésta y la empresa Lucy Nadia Mitsu Montecinos un contrato para el mejoramiento de las obras en el Estadio de esa localidad, y con ese fin la empresa, a su vez, contrató al demandante para realizar labores de maestro y luego de nochero. En lo que toca al petitorio de la demanda, pide tener por entablada acción de nulidad del despido en contra de la Municipalidad de Pucón, acogiéndose a lo establecido en las letras

A) y B) del artículo 183-B del Código del Trabajo y solicita se condene a esa entidad al pago de los sueldos desde el 19 de enero de 2009 al 31 de marzo de 2009, horas extraordinarias equivalentes a 44 mensuales desde el 1° de octubre de 2008 al 31 de marzo de 2009; remuneraciones desde la fecha del despido hasta su convalidación; cotizaciones de salud del mes de agosto de 2008 y cotizaciones previsionales desde el 19 de enero de 2009 a la fecha de convalidación del despido; vacaciones proporcionales y el incremento del artículo 168 del Código del Trabajo, todo con reajustes, intereses y costas.

La demandada Municipalidad de Pucón, evacuando el traslado que le fuera conferido, solicitó el rechazo de la demanda, con costas. Opuso en primer lugar la excepción dilatoria del artículo 303 N° 4 en relación con el artículo 254 N°4, ambos textos del Código de Procedimiento Civil. En cuanto al fondo, pidió el rechazo de la acción deducida en su contra, en primer lugar, por haber firmado el actor con su empleadora directa un finiquito que, por reunir las formalidades previstas por el artículo 177 del Código del Trabajo, tiene pleno poder liberatorio. En segundo lugar, alegó la falta de legitimidad pasiva, ya que, habiéndose modificado la demanda se ha accionado en forma exclusiva en contra de su representada como dueña de la obra, empresa o faena, lo que traduce una errada interpretación de la normativa laboral sobre la materia y en especial del artículo 183-B que faculta al trabajador para que al demandar a su empleador directo pueda "además" dirigirse en contra del dueño de la obra, en la especie, la Municipalidad demandada.

Por sentencia de quince de enero de dos mil diez, escrita a fojas 82 y siguientes, el tribunal de primer grado rechazó la excepción dilatoria, y, en cuanto al fondo, previo a desvirtuar las excepciones de finiquito y de falta de legitimación pasiva, acogió la demanda declarando nulo el despido y condenó a la Municipalidad de Pucón a pagar al actor las siguientes sumas:

a) \$ 504.000 por concepto de remuneraciones hasta el mes de marzo de 2009;

b) \$ 110.044 por horas extraordinarias devengadas desde octubre de 2008 a marzo de 2009;

c) Cotizaciones previsionales, de salud, seguro de cesantía y de accidentes del trabajo por el período laborado y que se encuentren impagas; y

d) Remuneraciones desde la fecha del despido a aquélla de la convalidación. Todo lo anterior, con los reajustes e intereses establecidos en el artículo 173 del Código del Trabajo.

Una de las salas de la Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo del referido fallo por la vía de apelación deducida por la demandada, por sentencia de veintinueve de marzo del año en curso, que rola a fojas 103 y siguientes, lo revocó y declaró que la demanda deducida por el actor, el 30 de marzo de 2009, modificada y complementada a fojas 24, con fecha 2 de julio de ese mismo año, queda rechazada.

En contra de esta última sentencia, el demandante dedujo recurso de casación en el fondo, pidiendo que se la invalide y se dicte la de reemplazo que describe.

Se trajeron estos autos en relación.

CONDIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente denuncia el quebrantamiento del artículo 183-B del Código del Trabajo, en sus incisos primero y cuarto, textos que considera erróneamente interpretados y aplicados toda vez que se les atribuye un sentido y alcance diverso al señalado en forma expresa por el legislador. Argumenta que los jueces del fondo no llegaron a discernir cada inciso de la norma aludida y en este sentido no comprendieron que sólo el inciso primero regula la situación de los trabajadores que prestan servicios para un contratista, en tanto que los siguientes apartados, esto es los incisos 2°, 3° y 4°, se refieren a los dependientes contratados por subcontratistas, agregando que el inciso cuarto del texto en análisis sólo tiene presente la situación de estos últimos. Hace presente que al demandante, que se desempeñó para un contratista no le es aplicable el inciso cuarto indicado, sino el inciso primero que establece la responsabilidad solidaria del dueño de la obra, y en tal caso, por aplicación de las normas relativas a la solidaridad del Código Civil, cuyos artículos 1511-1512-1514 y 1515 reproduce, y, en especial de lo previsto por el artículo 1514, la demanda podía dirigirse válidamente sólo contra el dueño de la obra "como se hizo por autorizarlo así expresamente el texto recién citado, no apareciendo de norma alguna que la solidaridad sea diferente a aquélla que regula el Código Civil.

Explica además que no distinguieron los jueces del grado que el texto en análisis se refiere a dos tipos de trabajadores, así como tampoco que el inciso cuarto rige exclusivamente para aquéllos que laboren para subcontratistas, únicos a los que se les impone demandar al empleador directo y se les faculta, en cambio, para dirigir también la demanda contra los demás que resulten obligados, entre ellos, al dueño de la obra. Añade que es claro que si el demandante hubiere sido trabajador de una empresa subcontratista sería correcto exigir que se demandara primero al empleador directo, pero la situación no es tal toda vez que prestó servicios para una empresa

contratista, en cuyo caso, no se aplica el inciso cuarto del artículo 183-B sino que el apartado primero del texto, con toda la normativa común relativa a la solidaridad. En tales circunstancias, expresa que, el actor de estos autos estuvo en condiciones de demandar a cualquiera de los deudores, a su arbitrio, sin que pudiera oponerse el beneficio de división, y en consecuencia, habiéndose deducido correctamente la demanda contra la empresa principal tal pretensión debió ser acogida.

Termina describiendo la influencia que el error de derecho denunciado ha tenido en lo dispositivo del fallo.

SEGUNDO: Que en la sentencia que se impugna se fijaron como hechos, en lo pertinente, los siguientes:

1) Que no obstante que originalmente el actor demandó en juicio laboral a la empresa Lucy Nadia Mitsu Montecinos y Cía., como su empleadora, con posterioridad modificó y amplió la demanda accionando únicamente en contra de la I. Municipalidad de Pucón en calidad de dueña de la obra, empresa o faena.

2) Se dejó asentado, además en el fallo, que no se controvertió que el actor hubiera prestado servicios para la empresa Lucy Nadia Mitsu Montecinos y Cía. así como también se tuvo por acreditada la vinculación jurídica de esta última con la I. Municipalidad de Pucón como dueña de la obra empresa o faena encomendada, consistente en las obras de mejoramiento en el Estadio Municipal de esa localidad.

TERCERO: Que sobre la base de los hechos descritos en lo que precede, los jueces del fondo establecieron que el juicio laboral incoado por el actor no pudo ser sustanciado y resuelto válidamente emplazando como demandado únicamente al dueño de la obra o faena y prescindiendo de accionar en contra del empleador directo, motivo por el que revocaron el fallo apelado y desestimaron la demanda así interpuesta. Sobre el particular, explicaron que la falta de legitimación pasiva de la I. Municipalidad deriva del hecho de haberse prescindido de la intervención procesal del empleador directo, lo que era necesario hacer ante el claro tenor del artículo 183-B inciso cuarto del Código del Trabajo, que requiere el emplazamiento de aquél como requisito o condición procesal previa para entender trabada la litis conforme a derecho, y no como se ha hecho en el caso de autos. Se añade que la solidaridad contemplada en el artículo 183-B, inciso primero del Código del Trabajo, difiere de la solidaridad del Código Civil toda vez que esta última permite al acreedor dirigirse indistintamente en contra de uno cualquiera de los obligados solidarios a su arbitrio, lo que no ocurre en la situación que regula el texto citado cuyo inciso cuarto requiere que el

trabajador, para hacer uso de la facultad de demandar a todos aquellos que puedan responder de sus derechos, debe dirigir ineludiblemente también la acción en contra de su empleador directo.

CUARTO: Que la controversia así planteada genera la necesidad de dilucidar si la demanda que el actor interpuso exclusivamente en contra de la empresa principal, dueña de la obra, excluyendo de la litis a su empleador directo, ha producido o no el efecto de hacer nacer una relación procesal válida, y por ende, si esa entidad, singularmente emplazada como demandada, es legitimado pasivo en esta causa.

QUINTO: Que la legitimación procesal, o legitimación en causa es un presupuesto de fondo y de eficacia jurídica de la acción, básico y esencial para acceder a la tutela judicial. En los Apuntes sobre Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento, el profesor Cristián Maturana M. indica que tal legitimación puede definirse como “la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso, que le permite obtener una providencia eficaz”. Añade además que: “Por otra parte, se nos ha señalado que la legitimación procesal es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso”.

En lo que toca específicamente a la legitimación pasiva el autor citado expresa que: “el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley, corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación sustancial objeto de la demanda”.

SEXTO: Que el artículo 183-B del Código del Trabajo, materia de la presente controversia, preceptúa que:

“La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural”.

SÉPTIMO: Que el recurrente no discute que el inciso cuarto de la norma reproducida requiere que se demande necesariamente al empleador directo si se quiere hacer uso de la facultad de accionar además en contra “de todos aquellos que puedan responder de sus derechos”. Lo que sostiene, –en contraposición a lo resuelto en el fallo atacado– es que ese inciso no es aplicable al demandante que prestó servicios para un contratista, en cuyo caso el inciso primero contempla la responsabilidad solidaria del dueño de la obra. En su concepto, y como antes se ha señalado, el ya referido inciso cuarto sólo rige tratándose de un trabajador que ha laborado para un subcontratista. Sostiene además que la solidaridad prevista por la norma en análisis no establece diferencias expresas con la regulación de la solidaridad del Código Civil.

OCTAVO: Que no obstante que el problema planteado en el recurso presenta aspectos relevantes, no sólo de carácter sustantivo o de fondo, sino además de competencia, de índole procesal, e incluso de orden constitucional “en lo que toca o concierne a las garantías de un debido proceso, lo cierto es que una atenta lectura del texto transcrito en el motivo sexto permite evidenciar en forma clara lo siguiente:

a) que el inciso cuarto, que se señala inaplicable para la situación que describe el inciso primero del mismo texto, está plasmando la acción de base, ineludible e insoslayable del trabajador, en general, para accionar en contra de su empleador directo; y

b) que al ejercitar esa acción ya indicada, se faculta al actor para demandar además a todos aquellos que puedan responder de sus derechos, “en conformidad a las normas de este Párrafo”. Esto significa que, junto con demandar a su empleador, el dependiente puede llevar a juicio a todos aquellos que en ese Párrafo, “en el que obviamente se incluye el texto íntegro del artículo 183-B-, figuren como eventuales responsables de sus derechos. Como se aprecia, en este apartado no se distingue en modo al-

guno de qué trabajador se trata, por lo que debe comprenderse a cualquier trabajador, así como tampoco se distingue, del punto de vista del sujeto pasivo, entre responsable solidario o subsidiario, con lo que no cabe sino concluir –y por ahora sólo del claro sentido del tenor literal de la norma–, que en cualquiera de estas circunstancias resulta necesario e indispensable accionar en contra del empleador directo del trabajador.

NOVENO: Que, desde otro punto de vista, no puede dejar de mencionarse que si bien el inciso 1° del artículo 183-B establece una responsabilidad que denomina “solidaria” para el dueño de la obra, tal atribución debe asumirse en el contexto de la especial particularidad de la situación regulada, lo que resulta ser de suyo relevante para la decisión de esta controversia. Es del caso que no se está en presencia de una obligación que responda al parámetro de solidaridad pasiva propiamente tal en los términos que lo consagra y establece el Código Civil en los artículos 1511 y siguientes. En efecto, la característica primordial de la obligación solidaria como la allí reglada consiste en permitir y conceder al acreedor las prerrogativas de perseguir a cada uno de los codeudores por el total de la deuda, esto es, por el todo (*insolidum*), y luego, conforme al artículo 1514, poder dirigirse contra todos, o contra cualquiera de ellos “a su arbitrio” para la satisfacción de su crédito, facultad que arranca, a su vez, del supuesto básico y elemental previsto por el artículo 1512 del ya citado Código, consistente en que la cosa que se debe solidariamente “ha de ser una misma”, aunque se deba de diversos modos.

En la especie, ha sido la propia ley laboral que ha limitado la obligación llamada “solidaria”, del dueño de la obra, acotándola, por ejemplo, a las obligaciones de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos; luego, en lo que toca a las indemnizaciones, sólo incluye las legales dejando fuera de la obligación solidaria las convencionales, y además, ha establecido un límite temporal señalando que esta responsabilidad sólo abarcará el tiempo o período durante el cual él o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación “para la empresa principal”.

En el escenario descrito, aparece claro que no concurre, en el ámbito del artículo 183-B del Código del Trabajo, el supuesto de una única y misma obligación. Sobre este particular el autor Luis Claro Solar en el Volumen V de la obra: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, págs. 410 y 411, señala que: “así también la solidaridad de parte de los deudores consiste en que la obligación de una misma cosa es contraída por cada uno por el todo y tanto totalmente como si cada uno de ellos fuera solo deudor, salvo que el pago hecho por uno de ellos libera a todos los deudores”. El mismo autor añade en la pág. 421 que: “Cada uno de los deudores solidarios debe ser considerado, sin duda, como si fuera deudor único; pero es

igualmente verdadero que todos tomados en conjunto constituyen en sus relaciones con el acreedor un solo deudor *iunun debent omnes*. Lo mismo es, por tanto, para el acreedor demandar a uno solo el todo, que demandarlo a todos los deudores conjuntamente”.

Citando al autor antes aludido, el profesor Manuel Somarriva Undurraga, en su libro *Tratado de las Cauciones*, pág. 53, en la nota al pie de página N° 57 explica que Claro Solar no dice que nuestro Código repudie la teoría del mandato (entre los codeudores solidarios), pero que siguiendo a Laurent, cree que no hay necesidad de recurrir a ella “para explicar los efectos de la solidaridad, para lo cual basta con el doble principio de unidad de la prestación y pluralidad de vínculos que existe en esta clase de obligaciones”.

De la forma antes expuesta, si lo que justifica –entre otros efectos de la solidaridad– el que pueda perseguirse indistintamente a cualquiera de los codeudores es la unidad de la prestación o de la cosa debida sin posibilidad de oponer ellos el beneficio de división, y si este elemento fundamental no concurre en la especie, como ya se dejó dicho, forzoso es concluir que en el marco de la subcontratación laboral se ha establecido una obligación sui géneris, denominada “solidaria”, a la que no resulta aplicable en forma pura e íntegra el régimen de solidaridad del Código Civil, no al menos el artículo 1514 de ese cuerpo normativo. Lo recién expresado explica, desde el punto de vista sustantivo, la redacción del texto del inciso cuarto del artículo 183-B que se denuncia infringido, en cuanto parte de la base que la acción ha de estar dirigida, en primer lugar, en contra del empleador directo.

Ahora bien, en el plano propio de la responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral, en un artículo del profesor de la Universidad de Chile Claudio Palavecino Cáceres, publicado en la *Revista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I 2010, pp. 17-27, el autor mencionado se refiere a las dudas y dificultades que surgen al hacer remisión al estatuto de las obligaciones solidarias del Código Civil, ya que: “la solidaridad que establece el artículo 183-B del Código del Trabajo es sui géneris y que, por ende, la determinación de sus efectos requiere ingentes esfuerzos dogmáticos”. Luego de razonar acerca de la diferenciación entre las obligaciones del empleador, versus las del dueño de la obra, que, en su concepto, siembra “la primera duda” sobre la aplicabilidad del estatuto original de esta materia según su regulación en el Código Civil, señala que con arreglo a los límites que establece la norma recién citada: “la empresa principal contra la cual se hace valer la responsabilidad solidaria no será, necesariamente, responsable por el total de la deuda contraída por el empleador contratista con sus trabajadores”. Explica que en las condiciones en que se ha reglado la responsabilidad solidaria del dueño de la obra no siempre habrá sincronía entre los deudores, y “el responsable solidario lo será sólo

respecto de la parte alícuota de la deuda correspondiente al lapso en que el trabajador prestó servicios dentro de su ámbito organizacional, mientras que el empleador-contratista seguirá respondiendo por el total de la deuda. En tal caso, si el trabajador pretendiera reclamar íntegramente su crédito de la empresa principal codeudora, ésta podría oponerle el beneficio de división de la deuda, quedando determinada su cuota sobre la misma en proporción al tiempo que el trabajador prestó servicios en régimen de subcontratación dentro de su ámbito de organización y dirección”.

El autor del artículo referido continúa expresando que “una lectura mayormente razonada de la norma contenida en el inciso cuarto del artículo 183-B del Código del Trabajo, nos obliga a concluir que en efecto el trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá, si así lo quiere, hacer efectiva la responsabilidad de la empresa principal (solidaria y/o subsidiaria), en cuyo caso será obligatorio que dirija su demanda conjuntamente contra el contratista o subcontratista (empleador directo) y contra todos aquellos que puedan responder de sus derechos”. Agrega que, en cambio, nada impide que el trabajador demande sólo a su empleador sin necesidad de provocar un litis consorcio pasivo.

Hace presente además el autor citado que “Por otra parte, es presupuesto necesario o condición sine qua non para que proceda la atribución de la responsabilidad del art. 183-B CT determinar primeramente la responsabilidad contractual, vale decir, la existencia de obligaciones incumplidas entre trabajador y empleador. En tal sentido, la responsabilidad que el art. 183-B CT impone a la empresa principal no puede ser sino accesoria a la responsabilidad contractual del empleador. Por tanto, no aparece razonable que se condene al deudor accesorio, si no se condena al deudor principal”.

DÉCIMO: Que por otra parte, preciso resulta además de lo dicho tener presente que, no obstante la redacción con que se inicia el inciso primero del artículo 183-B del Código del Trabajo haciendo hincapié en la “responsabilidad solidaria” de la empresa principal, variando de este modo la fórmula conceptual con que se encabezaba el texto en el proceso de su análisis en el Senado, lo cierto es que se está en presencia de una obligación que –aún siendo de fuente legal– no nace como solidaria por el sólo hecho de asumir el obligado la calidad de dueño de la obra o faena, sino que tal modalidad deviene o se produce por un hecho u omisión suya, esto es, dependiendo de si hizo o no uso de la facultad-deber de información, control y retención que la ley le acuerda para salvaguardar los derechos laborales y previsionales del trabajador. Sólo para el evento de haber faltado a esta facultad-deber se agrava su responsabilidad a la modalidad de solidaria. En caso contrario, su obligación de base y general sigue siendo la de responsable subsidiario. Sobre este particular, en la discusión que se llevó a cabo

en el Senado, el Senador Muñoz Aburto, respecto del establecimiento de la responsabilidad solidaria en la forma consignada en las normas citadas, señaló que “la regla general sigue siendo la responsabilidad subsidiaria, puesto que la responsabilidad solidaria sólo operará cuando el mandante no cumpla con pedir la información pertinente y; en caso de constatar con ella que se han vulnerado los derechos de los trabajadores, no efectúe la correspondiente retención (Informe de la Comisión de Trabajo - Historia de la Ley N° 20.123, págs. 541 y 542).

En este mismo sentido se pronuncia parte de la doctrina nacional. En lo particular, los autores Luis Lizama P. y José Luis Ugarte C., en el Libro: *Subcontratación y Suministro de Trabajadores*, pág. 59 señalan que: “La ley establece, como mayor novedad en la materia, un eventual agravamiento de la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, pero no por un hecho del contratista, como sería, por ejemplo, el no pago de las obligaciones laborales y previsionales, sino que por un hecho suyo: debe responder solidariamente por no haber ejercido los derechos de control que la ley le otorga” y se añade más adelante que: “es claro que el régimen general de responsabilidad sigue siendo la responsabilidad subsidiaria, dependiendo de su propia conducta el mantenerse en tal situación”.

En las condiciones antes señaladas, si sólo en la sentencia definitiva que se dicte en la causa que siga el trabajador contra su empleador –y si lo estima, además, contra los otros obligados– quedará determinada la calidad en que debe responder el dueño de la obra en base a las alegaciones vertidas y pruebas aportadas, no es posible tampoco, por este capítulo, sostener que la calificación de subsidiario o solidario puede quedar entregada al trabajador en forma previa a la sustanciación del proceso, máxime cuando de tal calificación dependerá precisamente la eficacia de la relación procesal y la legitimación de quienes figuren como partes en el juicio respectivo.

Además, la aludida indeterminación en la modalidad del tipo de responsabilidad que afectará a la empresa principal hasta tanto se dicte la sentencia definitiva, es lo que justifica que, al referirse el inciso cuarto del artículo 183-B a los otros obligados distintos del empleador directo, lo haga de modo genérico sin distinguir entre subsidiarios o solidarios, a pesar de que alude a “todos los que puedan responder de sus derechos”, en conformidad a las normas de ese Párrafo.

Lo anteriormente señalado refuerza la idea de no resultar aplicable en la especie la norma del artículo 1514 del Código Civil, llegándose entonces a concretar los efectos de la particular solidaridad prevista en el texto laboral sólo en la etapa de ejecución del fallo que así lo haya establecido, y todo ello conforme a los términos de la sentencia declarativa.

UNDÉCIMO: Que además de lo dicho, no puede perderse de vista que la competencia de los Tribunales Laborales, en razón de la materia, está dada fundamentalmente por el contenido del artículo 420 del Código del ramo, que parte con el enunciado general de la letra a) señalando que son de la competencia de estos Juzgados “las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales”, y luego de la enumeración de otras materias ajenas a este conflicto, consigna en la letra g) y final: “todas aquellas materias que las leyes entreguen a juzgados de letras con competencia laboral”.

En la cronología del establecimiento de la obligación que debe asumir en materia laboral el dueño de la obra o faena cabe destacar que en el artículo 16 del Código del Trabajo de 1931 (DFL N° 178 de 1931) sólo se consignó la norma sustantiva de asignación de responsabilidad subsidiaria, sin considerar el modo de hacerla efectiva. Derogado este precepto por el DL 2.200 de 1978, fue repuesto por el artículo 4° del DL 2.749 de 1979, en que se sustituyó la expresión obreros, por trabajadores. Es notable que en el texto del artículo 64 del Código del Trabajo que regía en 1998, y a virtud de la modificación introducida por la Ley 19.250, de 30 de septiembre de 1993, además de mantenerse la norma sustantiva de responsabilidad subsidiaria se permitió, ya como actuación procesal, que el trabajador “al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también solicitar que ésta sea notificada a todos aquellos que puedan responder subsidiariamente de sus derechos”, entendiéndose interrumpidos a su respecto los plazos de prescripción. Recién en el año 2000, a través del artículo único de la ley 19.666, de 10 de marzo de 2000, se sustituyó el inciso tercero del artículo 64 por el siguiente: “El trabajador al entablar demanda contra su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos”.

Con la redacción finalmente transcrita y por virtud de la propia ley es que ha podido entenderse comprendida, en la esfera de competencia de los Tribunales Laborales, la demanda que se intentare contra el dueño de la obra, como deudor subsidiario, no obstante ser un tercero ajeno a la relación laboral. El problema no es menor si se considera además la actual vigencia del artículo 45 letra h) del Código Orgánico de Tribunales, que dispone a la letra que: “Los jueces de letra conocerán: h) De las causas del trabajo y de familia cuyo conocimiento no corresponda a los Juzgados de Letras del Trabajo, de Cobranza Laboral y Previsional o de Familia respectivamente”.

DUODÉCIMO: Que en armonía con lo anteriormente razonado, la demanda que el trabajador pretenda enderezar en contra del dueño de la obra o faena, que no es parte en la relación laboral, no es posible de concebir en el ámbito de competencia de los Juzgados Laborales y en el procedimiento

que los rige, sino en la forma que lo plantea el inciso cuarto del tantas veces citado artículo 183-B del Código del Trabajo, esto es, cuando se le demande conjuntamente con el contratista o empleador directo, cualquiera sea la modalidad en que deba responder en definitiva.

DECIMOTERCERO: Que finalmente, y en función del detenido análisis que es preciso hacer de la norma que se denuncia infringida y partiendo de la base que lo medular de la alegación del recurrente descansa en la afirmación de ser aplicable el inciso cuarto de ese texto únicamente a los trabajadores del subcontratista, remarcando que el inciso tercero alude a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra respecto de esos trabajadores y haciendo mención expresa de la responsabilidad “a que se refiere el inciso siguiente”, que resulta ser precisamente el cuarto, lo cierto es que tal mención del “inciso siguiente” no es un tema claro de discernir considerando el contenido del apartado cuarto, que no establece una responsabilidad en especial sino que se refiere al derecho a la acción del trabajador. Sobre este punto, el profesor Claudio Palavecino, en su libro: *Subcontratación, Régimen Jurídico del Trabajo Subcontratado y del Suministro del Personal*, pág. 64, explica que tal remisión al inciso siguiente es errónea, al señalar: “La referencia al “inciso siguiente” es un error, porque dicha norma se refiere a la posibilidad que tiene el trabajador de demandar a todos los responsables conjuntamente. La referencia debería ser al inciso anterior, que, como acabamos de ver, establece la responsabilidad del contratista por las obligaciones de sus subcontratistas. Así pues, la intención del legislador parece ser que, cuando no sea posible hacer efectiva la responsabilidad solidaria del contratista surge para el empresario principal una responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones laborales de los subcontratistas”.

En relación a la observación que precede es necesario precisar que en el texto del artículo 64 del Código del Trabajo el inciso primero consignaba tanto la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra respecto de las obligaciones que afectaban a los contratistas a favor de sus trabajadores, así como también se señalaba que respondería de iguales obligaciones que afectaren a los subcontratistas “cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente”, y es del caso que en el inciso siguiente se expresaba que: “En los mismos términos el contratista será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos”.

DECIMOCUARTO: Que como consecuencia de lo que viene de analizarse cabe consignar que, resultando claro el sentido de los incisos primero y cuarto del ya referido artículo 183-B del Código del Trabajo, no correspondía desatender su tenor literal en orden a que la acción del trabajador, en sede laboral, para los efectos allí regulados debe considerar de modo insoslayable el

emplazamiento y demanda a su empleador directo, en tanto que la facultad que el inciso cuarto contempla está dada para el evento que el dependiente requiera, o decida traer al juicio laboral a los demás obligados a que se refiere el Párrafo respectivo, esto es, a quienes deban responder, sea subsidiaria o solidariamente, de sus derechos, todo ello, en el contexto ya señalado de tratarse, en todo caso, de una responsabilidad solidaria sui géneris a la que no resulta enteramente aplicable el régimen de solidaridad del Código Civil, salvo lo ya dicho en cuanto al cumplimiento o ejecución de la obligación.

DECIMOQUINTO: Que en concordancia con lo hasta aquí concluido, la sola presencia del dueño de la obra como ente demandado en el presente juicio laboral no lo erige en legítimo contradictor para sustanciar y resolver de esta forma las materias debatidas, y, en tales condiciones, no resulta ser, como emplazado de modo singular, legitimado pasivo de la acción intentada en esta sede. La facultad de traer a juicio al demandado requería del concurso, también como demandado, del empleador directo, lo que según se ha visto se desprende en forma nítida del inciso cuarto del artículo 183-B del Código del Trabajo. En relación a esta materia, el profesor Alejandro Romero Seguel, en su libro: *Curso de Derecho Procesal Civil. La Acción y Protección de los Derechos*, pág. 93 explica que: “la legitimación se vincula con la titularidad de la situación controvertida en un juicio y es un presupuesto de fondo de procedencia de la acción; es decir, una exigencia cuya falta determina ineludiblemente que no se pueda conceder la petición de tutela jurisdiccional solicitada en el proceso”. En la pág. 98, distinguiendo entre legitimación individual y conjunta expresa que: “La primera es aquella que se confiere al titular de un derecho subjetivo o interés legítimo por ser titular del mismo, para impetrar tutela jurisdiccional sin el concurso de otros sujetos; en cambio, la legitimación conjunta es la que corresponde mancomunadamente a un grupo de personas, activa o pasivamente, dando vida al litis consorcio necesario”.

DECIMOSEXTO: Que, en el contexto de lo que se ha dejado establecido, al concluir y así decidirlo los jueces del grado, que en razón de haber procedido el actor a excluir de la demanda al empleador directo y dirigir la acción únicamente en contra de la entidad dueña de la obra se ha faltado a una condición procesal previa e ineludible prevista por la ley –como presupuesto indispensable para traer a juicio al tercero ajeno a la relación laboral– y, en razón de esa conclusión revocando el fallo de primer grado negaron lugar a la demanda así incoada, no han incurrido en infracción de los incisos primero y cuarto del artículo 183-B del Código del Trabajo, sino que, por el contrario, han dado correcta aplicación a los textos aludidos, motivo por el que el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante deberá, necesariamente, ser desestimado.

Por estas consideraciones, citas legales y lo dispuesto en los artículos 463 del Código del Trabajo, 764, 765, 767, 772 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza sin costas el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante en lo principal de fojas 110, en contra de la sentencia de veintinueve de marzo del año en curso, escrita a fojas 103 y siguientes. Se previene que el Ministro señor Valdés no comparte lo razonado en los fundamentos undécimo y duodécimo, pero concurre a lo decidido por considerar que al desestimarse la demanda, en los términos en que se dedujo por el actor, no se ha incurrido en error de derecho y, por el contrario, como se ha razonado en el fallo de casación, se hizo una correcta aplicación de las normas denunciadas.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Marín y la Ministra señora Pérez, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación interpuesto por la demandante, porque en su concepto el fallo de segundo grado al exigir que el trabajador para demandar al dueño de la obra empresa o faena debe necesariamente dirigirse también en contra de su ex empleador, habría infringido el artículo 183-B del Código del Trabajo, conforme a las siguientes consideraciones:

1.- Que el actor dedujo demanda en contra de la Municipalidad de Pucón, por la responsabilidad que le corresponde como dueña de la obra o faena en la que desarrollaba sus labores, según se ha previsto en el artículo 183 letras A) y B) del Código del Trabajo, según modificación introducida por la Ley N°20.123, conocida también como "Ley de Subcontratación", hechos debidamente probados y establecidos en el fallo en estudio.

2.- Que la normativa aplicable al caso de autos está señalada en el artículo 183 letra B) del Código del Trabajo, el que indica lo siguiente:

"La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este párrafo. En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural”.

3.- Que de la norma anteriormente transcrita aparece que para el dueño de la obra o empresa principal se establece una responsabilidad solidaria de carácter pasivo, cuya fuente está establecida en la ley y que se acota al período en que el trabajador contratista se desempeñó en la obra, empresa o faena.

4.- Que si bien el legislador en el artículo 183 letra D) también establece para la empresa principal la responsabilidad subsidiaria, para ello es menester que haya hecho valer los derechos que establece la letra C) de la misma norma ya citada, esto es, el derecho de información, de retención y de pago por subrogación. Si la demandada no ejerce tales derechos, entonces su responsabilidad será la solidaria de la letra B) ya indicada.

5.- Que la solidaridad a que se ha hecho referencia precedentemente no ha sido especialmente regulada por el legislador laboral, de modo que corresponde recurrir a lo que en la materia establece el Código Civil, en los artículos 1511 y siguientes de este cuerpo legal y, especialmente, el artículo 1514, que permite al acreedor dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por esto pueda oponérsele el beneficio de división.

6.- Que, en consecuencia, si la Ley N° 20.123 estableció un nuevo tipo de responsabilidad distinta a aquella que contenían los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, pretendió dar al trabajador, en su carácter de acreedor, mayor seguridad y facilidad para el pago de sus créditos frente a hechos como la insolvencia del contratista empleador en perjuicio de sus derechos. Se entiende entonces que si pretende darle mayor garantía para satisfacer sus acreencias ello implica imponer a la empresa principal mayores exigencias, las que van a determinar en definitiva su responsabilidad frente al incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores de sus contratistas y/o subcontratistas.

7.- Que de este punto de vista y reconociendo en este caso que la responsabilidad que pretende hacerse efectiva en contra del recurrente es la solidaria, no puede aceptarse que se haga una interpretación restrictiva e incluso más desfavorable que aquella que dispone el Código Civil, lo que resultaría paradójico si lo que se pretende es resguardar y garantizar, como se ha precedentemente expuesto, los derechos de los trabajadores sometidos al régimen

de subcontratación exigiéndole como lo ha sostenido el fallo en estudio, demandar además a su ex empleador, para el cobro de las remuneraciones y demás prestaciones que han quedado pendientes de cumplimiento.

8.- Que lo que se viene razonando resulta corroborado en la aplicación del aforismo "donde está el beneficio está la carga", en el sentido que le corresponde responder no sólo a quien dirige al trabajador, sino también a quien se beneficia del trabajo. Lo anterior conduce a concluir que si se externalizan los trabajos la empresa principal o quien encarga las labores o servicios debe vincularse con empresas solventes y serias, porque la externalización no puede ser sinónimo de precariedad.

9.- Que de todo lo anteriormente expuesto, debe necesariamente concluirse que la norma del inciso cuarto del artículo 183 B) del Código del Trabajo, no es aplicable en este caso en atención a que lo que se pretende es hacer efectiva la responsabilidad solidaria y no la subsidiaria, y de conformidad con el artículo 1514 del Código Civil, es posible deducir la acción contra alguno o algunos de los obligados al pago solidario, sin que sea necesario como requisito de procesabilidad que se ejerza esta acción en contra del contratista o ex empleador para así ejercerla en contra de los demás deudores que, en el carácter de solidario, deben concurrir al pago de las obligaciones, como tampoco sea procedente entrar a distinguir si se trata de trabajadores del contratista o subcontratista.

10.- Que, en consecuencia, a juicio de los disidentes, la sentencia atacada al acoger la excepción de falta de legitimación pasiva de la recurrente, incurrió en el error de derecho denunciado por la demandante por falsa aplicación del artículo 183 B incisos primero y cuarto del Código del Trabajo, al hacerlo regir a una situación que no pudo regular, desde que la Municipalidad de Pucón, a quien se le atribuye responsabilidad solidaria, tenía la aptitud necesaria para ser demandada en este juicio, motivo por el cual el recurso debió acogerse.

Redacción de la Ministra señora Rosa Egnem Saldías y la prevención y disidencia, sus autores.

Regístrese y devuélvase.

N°3.198-10

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Urbano Marín V., Patricio Valdés A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa María Maggi D., y Rosa Egnem S. No firman los Ministros señor Marín y señora Pérez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa,

por haber cesado de sus funciones el primero y por estar con feriado legal la segunda. Santiago, 24 de septiembre de 2010.

Autoriza la Secretaria de la Corte Suprema, señora Rosa María Pinto Egusquiza.

Comentario.

Los servicios que se prestan bajo la modalidad de subcontratación se encuentran altamente incorporados a los sistemas de trabajo, tanto a nivel universal como en nuestro país. En la actualidad, más de un 15% de nuestra población activa labora conforme dicho sistema de trabajo.

La regulación introducida por la llamada “ley de subcontratación y suministro de trabajadores” (Ley N° 20.123/2006), modificó la legislación aplicable a esta modalidad de trabajo, la que anteriormente se encontraba escasamente regulada por los artículos 64 y 64 bis del Código del área. Vigente desde el 14 de enero del 2007, hoy encontramos la nueva normativa inserta en el articulado permanente del Código del Trabajo, en los artículos N° 183-A hasta el N° 183-AE.

De la lectura del Mensaje que precedió al respectivo proyecto de ley se deduce que su intención primordial fue otorgar mayor garantía y seguridad en el pago de sus créditos a los trabajadores que realizan sus labores en régimen de tercerización, frente a hechos que afecten la solvencia del contratista-empleador, en perjuicio de sus derechos laborales. En esta preceptiva se explicitan, asimismo, otros propósitos que se manifiestan en los antecedentes de sus disposiciones, como por ejemplo, el deseo de vincular más cercanamente a la mandante con las materias relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales, la prevención de accidentes, la seguridad y la salud en el trabajo de todos los dependientes, tanto propios como de terceros, ajenos a la dueña de la obra.

El artículo 183-B del Código del Trabajo, principal materia de análisis del presente artículo, preceptúa que:

“La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural”.

Para el logro del proyecto proteccionista, las nuevas disposiciones incentivan un determinado comportamiento de la mandante: un mayor nivel de involucramiento, inspección y control respecto de la diligencia que coloca la contratista en la gestión laboral de sus trabajadores. De este modo, la normativa gratifica a la empresa principal mediante una degradación de la responsabilidad que le afecta.

La regla dispone que, ante el incumplimiento por parte de la empresa contratista de las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores, la empresa mandante —que ha sido acuciosa en su vigilancia y observación—, estará afecta a una disminución de responsabilidad, rebajándola de solidaria a subsidiaria, siempre que se comprueben los supuestos legales que a continuación se describen.

En efecto, la atenuación de la responsabilidad legal de la empresa principal se produce toda vez que, frente a la comprobación por parte del trabajador del incumplimiento de obligaciones por parte de su empleador directo, la mandante demuestre que ha ejercido el control laboral sobre la contratista y esta intervención se ha concretado mediante el ejercicio efectivo de los llamados derechos de información y de retención.

Por el contrario, si la mandante no ha ejercido estas facultades, ella responderá solidariamente por el incumplimiento contractual de las obligaciones laborales y previsionales de la contratista para con sus trabajadores. Lo anterior se encuentra regulado en el artículo 183-D.

La disposición aludida dispone lo siguiente:

“Si la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará

limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas y subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciera efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente”.

Ahora bien, nos surge la interrogación acerca de cuál es la ritualidad procesal que ha de respetar el trabajador para hacer efectiva la responsabilidad solidaria, y en su caso, la subsidiaria de la mandante, sobre lo cual discurre el artículo antes mencionado. La cuestión sobre la que nos preguntamos a este respecto, es si el dependiente debe hacer procesalmente efectiva esta carga en total conformidad con las normas civiles (art. 1511 y siguientes del C.C.), esto es, demandando a cualquiera de los que responden solidariamente, o si, por el contrario, estamos ante una norma especial, que exige de parte del actor una conducta procesal diferente.

Esta duda se origina en el texto de la disposición contenida en el inciso 4° del art. 183-B, que señala textualmente: *“El trabajador, **al entablar la demanda en contra de su empleador directo**, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este párrafo”*.

El texto citado parece exigir, por tanto, que el contratista, o en palabras de la ley, el “empleador directo”, figure siempre como parte en la demanda laboral que interponga el actor, por lo que el trabajador no tendría la opción de perseguir indistintamente a cualquiera de los deudores solidarios. Menos podría, de acuerdo con lo antes expuesto, demandar exclusiva y directamente a la empresa mandante, puesto que, para generar la legitimidad pasiva de ella, requeriría haber sido demandada junto al contratista, en la calidad correspondiente.

Lo anterior se apartaría de las normas generales en materia de solidaridad, cuya principal característica radica en que el beneficiario de dicha garantía puede elegir, “a su arbitrio”, en contra de cuál de los obligados a la deuda dirige su acción, lo que tiene especial importancia respecto del sujeto trabajador. Pareciera ser, que en el marco de la subcontratación laboral, para que sea procedente la obligación solidaria de la dueña de la obra se ha establecido una obligación adicional, cual es haberse entablado la demanda en contra del empleador directo. No resultaría aplicable entonces, en forma pura y simple,

el régimen de solidaridad del Código Civil, por lo menos en lo que el artículo 1514 expresa.

Con frecuencia, ello implicará una más compleja y onerosa gestión jurídica, al tener que notificar a varios demandados para proceder, en definitiva, contra la empresa dueña de la obra, lo que se apartaría de los principios y propósitos de la normativa laboral en general y de la específica que analizamos en este trabajo, según lo que se adelantó en lo que antecede.

Por lo anterior, en las ocasiones en que la solidaridad no sea procedente, por haberse ejercido por la mandante oportuna e íntegramente el derecho a ser informada y ha retenido la parte del precio correspondiente, la responsabilidad para ella será subsidiaria. Consecuentemente, para hacer efectiva dicha carga y frente a tal supuesto, regirán las normas que regulan este tipo de responsabilidad.

De ello se deriva que, necesariamente, para configurar, ya sea la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la mandante, tanto la empleadora directa como la dueña de la obra, habrán de haber sido emplazadas en la demanda del trabajador. Podrá, sin embargo, decidir el trabajador que sólo intentará su acción respecto de su empleador directo, es decir, la contratista.

No obstante, si la demanda no se ha entablado de esta forma, en la oportunidad legal correspondiente, no podrá invocarse la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la mandante. En tal caso habrá **precluido** la oportunidad para incluir en el libelo al sujeto que hacía posible la legitimación pasiva de la empresa principal –la contratista–, puesto que es precisamente el incumplimiento de obligaciones de esta parte, el presupuesto necesario de la responsabilidad de la mandante. Así las cosas, tampoco prosperará la demanda en contra del empleador directo, porque no fue parte en la demanda, siendo inoportuno el incluirlo con posterioridad.

Consideramos nosotros que esta es la conclusión correcta. A los argumentos gramaticales que se derivan del texto legal y a los jurídicos que se expondrán más adelante, se agregan motivos principalmente prácticos y realistas, que se relacionan con el principio de la eficacia de la tutela jurisdiccional de los derechos laborales. En efecto, en el entorno empresarial, la mayor parte de las veces el trabajador desconoce el detalle del cometido corporativo y los vínculos comerciales de la organización; menos podrá saber si la mandante ha ejercido o no las prerrogativas de información y retención que le competen y que determinan su grado de responsabilidad.

En suma, la responsabilidad solidaria o subsidiaria del mandante tiene como causa necesaria el incumplimiento del contratista; por ello, si este último no es llevado a juicio, desaparece el hecho basal de la acción.

La sentencia que insertamos a continuación contiene la doctrina que hemos expuesto y que compartimos. Ella instituye otras relevantes razones para sostener, como presupuesto, la exigencia de entablar –*ab initio*– la demanda en contra de todos los presuntos responsables, empresa principal y contratista, en las calidades legales que corresponden, argumentos que pasamos a revisar.

En una interesante sentencia, de fecha 25 de septiembre de 2010, pronunciada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, conociendo de un recurso de casación en el fondo, el máximo tribunal construye una consistente argumentación judicial, recogiendo opiniones de destacados autores actuales en la especialidad laboral así como de tradicionales obras del Derecho Civil. El fallo aludido, aunque con dos votos disidentes, decidió que la falta de legitimación pasiva de la empresa mandante **deriva del hecho de haberse prescindido de la intervención procesal del empleador directo, lo que es necesario hacer ante el claro tenor del artículo 183-B inciso cuarto del CT, que requiere el emplazamiento de aquel como requisito o condición procesal previa para entender trabada la litis conforme a derecho.**

Agrega la magistratura que el texto citado, artículo 183-B, en su inciso cuarto, requiere que el trabajador, para hacer uso de la facultad de demandar a todos aquellos que puedan responder de sus derechos, debe también dirigir ineludiblemente la acción en contra de su empleador directo y advierte que la “legitimación en causa” es un presupuesto de fondo y de eficacia jurídica de la acción, básico y esencial para acceder a la tutela judicial. La sentencia en análisis, en el motivo octavo, destaca que las disposiciones del artículo 183-B presentan aspectos relevantes, no sólo de carácter sustantivo o de fondo, sino además de índole procesal, e incluso constitucional “en lo que concierne a las garantías de un debido proceso”. De esta forma, sin perjuicio del voto de minoría, resuelve lo siguiente:

- a) El inciso 4° del artículo 183-B plasma la acción de base, ineludible e insoslayable del trabajador, en general, para accionar en contra de su empleador directo;
- b) Que al ejercitar esa acción, se faculta al actor para demandar a todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de la subcontratación, sin que se distinga de qué trabajador se trata, por lo que debe comprenderse a cualquier trabajador, ya sea de una contratista o de una subcontratista, ni tampoco desde el punto de vista pasivo, entre responsable solidario o subsidiario, por lo que no cabe sino concluir que en cualquiera de las circunstancias resulta necesario e indispensable accionar en contra del empleador directo del trabajador.
- c) Además, el fallo agrega que ha sido la propia ley laboral la que ha limitado la obligación, llamada solidaria del dueño de la obra, acotándola a las obli-

gaciones de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos. Luego, en lo que toca a las indemnizaciones, sólo incluye las legales, dejando fuera de la obligación solidaria las convencionales y además, ha establecido un límite temporal durante el cual los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal. En este escenario, no concurre el supuesto necesario de la solidaridad civil, cual es el presupuesto de una única y misma obligación, de modo que el deber de pagar lo debido es contraído por cada uno y por el todo, como si se tratara de un solo deudor, y el pago hecho por uno de ellos libera a todos los otros deudores.

- d) De esta forma, la responsabilidad solidaria del dueño de la obra recaerá siempre, en materia de subcontratación, sobre la parte alícuota de la deuda, correspondiente al tiempo en que el trabajador prestó servicios en su organización, mientras que el empleador directo o contratista seguirá respondiendo por el total de la deuda. La mandante podrá siempre oponer el beneficio de división de la deuda, quedando determinada su cuota sobre la misma proporción al tiempo trabajado para ella.
- e) De lo anterior se concluye que sólo en la sentencia definitiva que se dicte en la causa que siga el trabajador contra su empleador quedará determinada la calidad en que debe responder el dueño de la obra, a base de las obligaciones vertidas y las pruebas aportadas, por lo que no es posible sostener –a priori– la calidad en la cual responde la mandante. Sólo en la etapa de ejecución del fallo será entonces posible determinar la responsabilidad de la mandante, conforme a los términos de la sentencia declarativa emitida por el juez de la causa.

Conclusiones

De lo razonado precedentemente podemos colegir que a fin de que la empresa principal o mandante responda solidariamente de las obligaciones incumplidas por el empleador contratista deben reunirse los tres supuestos o condiciones que se indican a continuación, a saber: que se haya acreditado el incumplimiento del empleador directo, que se le haya demandado a éste y a la mandante en las calidades pertinentes y que esta última no haya acreditado haber ejercido los derechos de información y retención. Merece recordarse, sin embargo, que durante la discusión parlamentaria se estableció que “el régimen general de responsabilidad de la empresa principal sigue siendo la responsabilidad subsidiaria”¹.

¹ Informe de la comisión de trabajo; Historia de la Ley N° 20.123, pp. 541–542.

Caso Central Termoeléctrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones¹

COMENTARIO DE:

Camila Boettiger Philipps

Abogada, Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales
Directora de Investigación
Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Felipe Leiva Salazar

Abogado, Licenciado en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile
Master (LLM) in Energy and Environmental Law, Tulane University
Profesor de Derecho Ambiental y Recursos Naturales
Facultad de Derecho de la Universidad Del Desarrollo.

Introducción

El 10 de diciembre de 2008, la empresa MPX Energía Ltda. ("MPX") ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") el Estudio de Impacto Ambiental ("EIA") del proyecto Central Termoeléctrica Castilla ("Proyecto Castilla"). El Proyecto consiste en la construcción y operación de una central termoeléctrica de seis unidades generadoras de 350 MW de potencia bruta cuyo principal combustible es el carbón. El Proyecto se emplaza en un predio del titular del mismo ubicado en el sector denominado "Punta Cachos", de la comuna de Copiapó, en la III Región de Atacama².

Durante la última fase de evaluación del Proyecto Castilla se suscitó una importante controversia jurídica, extraordinaria en este tipo de procesos, que ha culminado con una reciente decisión de la Corte Suprema³, en virtud de la cual se acoge un recurso de protección interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 2060 de fecha 7 de julio de 2010 ("Resolución 2060"), de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la III Región de Atacama ("SEREMI de Salud de Atacama"). La Resolución 2060 acogió un recurso de revisión interpuesto

¹ Queremos agradecer la valiosa labor de Andrés Munizaga Naveillán, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Del Desarrollo, en la elaboración de este trabajo.

² Para detalles del expediente del Proyecto Castilla ver su tramitación en el SEIA en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=3409601&idExpediente=3409601&modo=ficha

³ Nos referimos a sentencia de la Corte Suprema (2010) Rol 7167-2010 de fecha 15 de noviembre de 2010.

por el titular del Proyecto, recalificándolo de “contaminante” a “molesto”, lo que permitía hacer compatible territorialmente el Proyecto según las normas de uso de suelo contenidas en el Plan Regulador Comunal de Copiapó, y a la postre probablemente permitiría la aprobación ambiental del mismo.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la jurisprudencia originada en este caso, tanto de la Corte de Apelaciones respectiva como de la Corte Suprema, y presentar algunas reflexiones en torno al uso de recursos administrativos durante el procedimiento de evaluación ambiental de proyectos de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“LBMA”)⁴.

I. Descripción del conflicto

Como se indicó, el Proyecto Castilla fue ingresado a evaluación ambiental a través de un EIA, el que siguiendo las reglas del procedimiento legal y reglamentario fue objeto de diversas observaciones provenientes tanto de los organismos del Estado con competencia ambiental, como de personas naturales y jurídicas afectadas por el proyecto⁵.

La controversia que motivó la jurisprudencia que se analiza se originó por la dictación por parte de la Seremi de Salud de Atacama, dentro del procedimiento de evaluación ambiental, del Ordinario BS3 110/2010, del 19 de febrero de 2010, que calificaba al Proyecto Castilla como “contaminante” según las normas del artículo 4.14.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones⁶. La relevancia de esta calificación radica en que según el Plan Regulador Comunal de Copiapó, el sector donde se emplaza el Proyecto Castilla admite, como uso de suelo permitido, la instalación de industria e infraestructura energética cuya calificación sea “inofensiva” o “molesta”⁷. La calificación del Proyecto como

⁴ Cabe notar que a la fecha de edición de este trabajo, el procedimiento del Proyecto Castilla estaba nuevamente suspendido debido a la interposición de una nueva solicitud de invalidación por parte de MPX.

⁵ De acuerdo a la LBMA y el Reglamento del SEIA, las observaciones de los organismos del Estado con competencia ambiental son comunicadas al titular del proyecto mediante un Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliación de Información o “ICSARA”. Estas observaciones son respondidas por el titular del proyecto mediante documentos denominados “Adendas”. Una vez que se considera que ya no proceden más observaciones en el procedimiento se procede a la dictación del Informe Consolidado de Evaluación o “ICE”. Con la dictación de este documento, la autoridad ambiental competente está en condiciones de calificar ambientalmente el proyecto, mediante la dictación de la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.

⁶ El artículo 4.14.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones establece la facultad para la Seremi de Salud para calificar a los establecimientos industriales o de bodegaje como “inofensivo”, “molesto”, “peligroso” y “contaminante”, en consideración a los riesgos que su funcionamiento pudiese causar a sus trabajadores, vecindario y comunidad.

⁷ Según el artículo 8 de la Ordenanza del Plan Regulador Comunal de Copiapó, el proyecto se emplaza en un área denominada “Zona Industrial Productiva Costera” (UBS-1IPC). Como usos permitidos la Ordenanza establece: “Actividades Productivas: Industrias: Industrias y aquellas instalaciones de impacto similar al industrial, tales como plantas de filtrado, concentrado y similares, grandes depósitos, acopios,

contaminante trajo consigo el pronunciamiento de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo de la III Región, señalando que el proyecto no podía instalarse en el predio respectivo por no ser compatible con el uso de suelo permitido por el Plan Regulador respectivo⁸.

Luego de estos pronunciamientos, el Director Regional de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, organismo a cargo de administrar el SEIA, procedió a emitir el documento denominado Informe Consolidado de Evaluación (“ICE”). Según las reglas de procedimiento del SEIA, el ICE constituye una de las etapas finales de la evaluación ambiental, en virtud del cual el Proyecto queda en condiciones de ser calificado ambientalmente por la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva⁹.

Ante este escenario, el titular del proyecto inició una ofensiva legal con el objeto de revertir los pronunciamientos negativos citados, los que hacían dificultosa o bastante improbable la aprobación ambiental del mismo¹⁰. Dicha ofensiva consistió en la interposición de una serie de recursos administrativos, basados en la Ley 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado (“LBPA”). En resumen, en contra del Ordinario BS3 110 que calificó al Proyecto Castilla como “contaminante”, MPX interpuso: a) una solicitud de invalidación¹¹ junto

talleres o bodegas industriales, inofensivas y molesta. Servidumbre de infraestructura y servicios relacionados. Infraestructura: Infraestructura Energética, tales como centrales de generación, transmisión o distribución de energía y similares, de gas y telecomunicaciones, gasoductos, etc.”

⁸ Ordinario N° 111, de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo, del 29 de enero de 2010.

⁹ Conviene tener presente que con fecha 26 de enero de 2010 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente. Esta Ley modificó de manera importante las reglas de procedimiento del SEIA. Sin embargo, estas modificaciones no son aplicables a este caso, ya que el inciso 3° del artículo 1 transitorio de la Ley 20.417 señala que “Los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, previos a la publicación de la presente ley, se sujetarán en su tramitación y aprobación a las normas vigentes al momento de su ingreso”.

¹⁰ En todo caso, de acuerdo a la normativa aplicable a este Proyecto, el mero hecho de contar con un ICE con opiniones negativas no significa necesariamente que la COREMA deba calificar negativamente el proyecto. Lo anterior es ratificado por el inciso 3° del artículo 34 del Reglamento del SEIA, aún vigente, que establece: “La decisión que califica ambientalmente un proyecto o actividad, considerará, entre otros antecedentes, el Informe Consolidado de Evaluación y deberá constar en una resolución fundada”. Después de la reforma de la Ley 20.417 previamente citada, el ICE ha pasado a tener una mayor relevancia para la aprobación ambiental del proyecto, ya que se introdujo el artículo 9 bis a la LBMA que dispone la vinculación obligatoria del ICE a la decisión de calificación ambiental: “Artículo 9° bis. La Comisión a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente. En todo caso, dicho informe deberá contener los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto. El incumplimiento a lo señalado en el inciso anterior se considerará vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental”.

¹¹ Ley N° 19.880, artículo 53.

con un recurso de reposición y en forma subsidiaria, un recurso jerárquico¹², y b) un recurso extraordinario de revisión¹³. Asimismo, en contra del ICE emitido en el procedimiento de evaluación ambiental del Proyecto Castilla, MPX interpuso un recurso de reposición y en subsidio un recurso jerárquico.

Para efectos de mejor comprensión de la cadena de recursos presentados, a continuación se describe la cronología de su interposición y sus resultados:

- 1 de febrero de 2010: MPX interpone invalidación administrativa y deduce recurso de reposición y jerárquico en contra del Ordinario BS3 110. Mediante Resolución Exenta N° 378 de 8 de febrero de 2010, la Seremi de Salud de Atacama rechazó la invalidación y la reposición solicitada, y concedió el recurso jerárquico. Este último fue declarado inadmisibles por la Subsecretaría de Salud a través de la Resolución 115 de 24 de febrero de 2010 por estimar que las facultades de la Seremi de Salud de Atacama en este ámbito eran descentralizadas, por lo que no procedía el recurso jerárquico.
- 4 de febrero de 2010: MPX interpone recurso de reposición y jerárquico en contra del ICE del Proyecto. En forma adicional, el titular solicitó la suspensión del procedimiento de evaluación ambiental. El recurso de reposición fue rechazado por la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama (“COREMA Atacama”) mediante la Resolución Exenta N°35 del 11 de febrero de 2010, ordenando la remisión de los antecedentes al Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (“CONAMA”). Este último, a través de la Resolución 121/2010 del 12 de febrero de 2010, admitió a trámite el recurso y ordenó a la COREMA Atacama la suspensión del procedimiento del EIA del Proyecto Castilla mientras se resolviera el recurso jerárquico interpuesto¹⁴. Con fecha 15 de julio de 2010, antes que se fallara el recurso, MPX se desistió del mismo.
- 7 de mayo de 2010: Se deduce, ante la Seremi de Salud de Atacama, recurso extraordinario de revisión en contra del Ordinario BS3 110. Con fecha 7 de julio de 2010, este recurso fue acogido por la autoridad sanitaria a través de la Resolución 2060 modificando la calificación del Proyecto de “contaminante” a “molesto”.

¹² Ley N° 19.880, artículo 59.

¹³ Ley N° 19.880, artículo 60.

¹⁴ Una situación que da cuenta de lo controversial que ha sido el proyecto, la constituye el hecho que una vez que el Director Ejecutivo de la CONAMA ordenó la suspensión del procedimiento en febrero de 2010, la COREMA Atacama se negó en una primera oportunidad a decretar tal suspensión. El Director Ejecutivo de CONAMA tuvo que emitir un oficio especial acerca de las consecuencias legales que acarrearía avanzar desoyendo al superior jerárquico, para que la COREMA Atacama acatará la suspensión, mediante el Ord. N° 100.621 de fecha 18 de febrero de 2010, citado en Corte de Apelaciones de Copiapó (2010) Rol 235-2010, en Vistos de dicha sentencia.

Como se indicó, esta calificación industrial permitía al Proyecto Castilla cumplir con las normas de emplazamiento que en el sector de Punta Cachos requiere el Plan Regulador Comunal de Copiapó. Ante a esta situación, un grupo de opositores al Proyecto Castilla interpuso un recurso de protección en contra de la Seremi de Salud de Atacama, el que generó la jurisprudencia que pasamos a analizar¹⁵.

II. El recurso de protección

1. Argumentos de las partes¹⁶

Como principales argumentos de los **recurrentes** en el recurso se dieron los siguientes:

- MPX habría utilizado los recursos administrativos para obtener por “vía distinta e irregular” al procedimiento normal del SEIA la modificación de la calificación de “contaminante” del Proyecto Castilla. La Resolución 2060 de la Seremi de Salud de Atacama adolecería de un vicio de ilegalidad por cuanto fue pronunciado dentro de un procedimiento que se encontraba suspendido por resolución del Director Ejecutivo de CONAMA, en el cual el recurso jerárquico interpuesto ante esta autoridad tenía como objetivo lograr la modificación de la calificación del Proyecto en el procedimiento ambiental. Esto habría quedado en evidencia con el desistimiento inmediato por parte de MPX del recurso jerárquico ante el Director Ejecutivo de la CONAMA, una vez modificada la calificación del Proyecto Castilla por parte de la Seremi de Salud de Atacama mediante la Resolución 2060.
- El recurso extraordinario de revisión de la LBPA, mediante el cual se solicitó y obtuvo la nueva calificación industrial del Proyecto Castilla por parte de la Seremi de Salud de Atacama, no habilitaba a esta autoridad para revisar el mérito o criterios empleados en el acto administrativo anterior o subsanar supuestos errores de derecho del mismo. Se indica, citando jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que el “manifiesto error de hecho” invocado como causal del recurso para modificar la calificación industrial se refiere a aquél que “es claro y evidente y que, en general, puede ser detectado de la sola lectura de un documento”. Refieren los recurrentes que la sola lectura de los fundamentos de la Seremi de Salud de Atacama indican que la Resolución 2060 es el resultado de una revisión completa del

¹⁵ Junto con la interposición del recurso de protección, los recurrentes solicitaron una orden de no innovar con el objetivo de suspender por la vía judicial el procedimiento de evaluación ambiental del Proyecto Castilla y así evitar una eventual aprobación de éste mientras se resolvía el recurso.

¹⁶ Estos argumentos se extraen de la parte expositiva de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó (2010) Rol 235-2010.

mérito del acto administrativo, pronunciándose incluso sobre los supuestos errores de derecho de la resolución rectificadora, lo que no corresponde al objeto del recurso de revisión.

- La Resolución 2060 invalidó un acto administrativo anterior emanado de la misma autoridad, constituyendo una actuación de autotutela administrativa no autorizada por la ley.
- Como derechos constitucionales conculcados, los recurrentes invocaron los siguientes artículos de la Constitución Política de la República: 19 N° 2 (igualdad ante la ley), porque al dejar sin efecto ante sí la decisión anterior, el acto recurrido altera la situación existente producida por la decisión de la misma autoridad alcanzando a todas las personas y organizaciones afectadas por el Proyecto Castilla; artículo 19 N° 3 (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos), ya que el recurrente y los demás afectados por el Proyecto no pudieron participar de un procedimiento legal en que se discutiera la validez y legalidad del acto administrativo que la Seremi de Salud de Atacama estimó ilegal y modificó sin un proceso reglado; y artículo 19 N° 8 (derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), porque la resolución recurrida constituiría una amenaza para la calidad de vida de todos los directamente afectados por el Proyecto, por la contaminación que éste produciría.

Por su parte, los principales argumentos presentados por la **recurrida** fueron, en síntesis, los siguientes:

- La Resolución 2060 se fundamentó en corregir errores de hecho (metodologías erradas e incompletas, afirmaciones erradas sobre la falta de información en el expediente, etc.)¹⁷ que condicionaron en forma determinante la decisión adoptada. En este sentido, el concepto de “manifiesto error de hecho” que da lugar a la revisión establecida en el artículo 60 de la LBPA, es aquél que “importa una aplicación no ajustada a la realidad objetiva de los acontecimientos”. Tal falta de adecuación condicionaría el contenido final del acto.
- La suspensión del procedimiento del SEIA decretada por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA en ningún caso inhibe el actuar ni afecta las competencias de la Seremi de Salud de Atacama para pronunciarse sobre el recurso de revisión.

¹⁷ La Seremi de Salud de Atacama indica que la Resolución 2060 adolecía de un “triple error” consistente en: a) Afirmer en aquellos actos administrativos que el modelo presentado para material particulado respirable no incluía las emisiones reales o fugitivas generadas por el proyecto, habiendo hecho; b) Indicar que el titular del proyecto no había efectuado estimación de elementos trazas, habiéndolo hecho, y c) Proyectar los efectos de las emisiones atmosféricas y de NOx, en particular de NO2, sobre la base de metodologías erradas e incompletas.

- La potestad invalidatoria de los órganos de la Administración del Estado es reconocida tanto por la LBPA, como por la jurisprudencia y la doctrina.

2. Sentencias de la Corte de Apelaciones de Copiapó y de la Corte Suprema

La Corte de Apelaciones de Copiapó acogió el recurso de protección considerando fundamentalmente lo siguiente:

- La Seremi de Salud de Atacama al revisar a fondo su decisión anterior y modificarla sustancialmente había excedido el marco que le permitía el recurso de revisión interpuesto, “consagrado por definición sólo a la corrección de errores de hecho que aparecen de manifiesto del acto” “pasando a recalificar el proyecto”, a pesar que dicha autoridad “se encontraba limitada al conocer y resolver el mencionado recurso, por el contenido y el mérito de su decisión anterior”, lo que torna ilegal la actuación de la Seremi¹⁸.
- En cuanto a la suspensión del procedimiento de evaluación ambiental, según este tribunal dicha orden alcanzaba plenamente al Seremi de Salud de Atacama, por cuanto el Reglamento del SEIA considera a los organismos del Estado con competencia ambiental como partícipes del proceso de evaluación, en cuanto deben indicar mediante informe fundado si el proyecto cumple o no con la normativa ambiental en el ámbito de sus competencias; por lo que no acepta el argumento de la Seremi en cuanto a que la suspensión del procedimiento ambiental no impedía que dicho organismo pasara a revisar una decisión anterior suya a pesar de estar incluida en ese procedimiento de manera paralela¹⁹.
- Que el acto recurrido excedía las atribuciones legales y reglamentarias de la autoridad que lo extendió, y que tal decisión al recalificar la actividad del proyecto “vino a repercutir decisivamente en la marcha del proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental del referido proyecto” y que por tal efecto, “constituye una amenaza cierta al legítimo ejercicio del derecho constitucional de los recurrentes a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”²⁰.

Por su parte, aunque la Corte Suprema eliminó buena parte de los considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones, lo confirmó, teniendo como principales fundamentos para esto los siguientes:

¹⁸ Corte de Apelaciones de Copiapó (2010), Rol 235-2010, considerando 8°.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Copiapó (2010), Rol 235-2010, considerando 10°.

²⁰ Corte de Apelaciones de Copiapó (2010), Rol 235-2010, considerando 15°.

- En el ejercicio de la potestad revisora del artículo 60 de la LBPA, la Seremi de Salud de Atacama no observó las exigencias que la LBPA ha establecido para ello. La Corte Suprema expresa que el recurso de revisión “encuentra su justificación en la existencia de un vicio de nulidad de características tales que tornan el acto administrativo de una ilicitud o ilegitimidad que obliga a extinguirlo a fin de hacer cesar los efectos que produce”. En el caso sublite esto no ocurrió por cuanto la Seremi de Salud de Atacama tuvo que recurrir a un informe técnico para detectar el yerro, el cual además afectaba sólo uno de los parámetros considerados para concluir que el Proyecto era contaminante, lo que autoriza a que sea dejado sin efecto el acto administrativo²¹.
- Si la Seremi de Salud de Atacama estimaba la concurrencia de un supuesto de anulación o invalidación del acto administrativo, debió aplicar un procedimiento “que contempla oír al interesado, inclusión que constituye un límite a esa facultad de revisión”²², que no ocurrió en la especie. Pese a lo anterior, la Seremi de Salud de Atacama optó por un procedimiento de revocación que “no resultaba admisible y, especialmente, porque no acepta la intervención de quienes podían ser afectados por la decisión”²³.
- Se reconoce que si bien la Seremi de Salud de Atacama “realizó un acto de su competencia, ejerció su potestad al margen de las formas legales y por motivos y para fines distintos de aquellos previstos para el denominado recurso de revisión, lo que le resta validez, tornándolo ilegal”²⁴.
- Como derecho conculcado para acoger el recurso de protección, la Corte Suprema señala la afectación del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, por las “condiciones anómalas en que se gestó la acción recurrida”, ya que las alegaciones de la recurrida hacían procedente el procedimiento de invalidación del artículo 53 de la LBPA, “potestad que exige como trámite indispensable la audiencia de los recurrentes en su posición de interesados, lo que no se llevó a cabo”²⁵.

III. Comentarios y reflexiones

En nuestra opinión el caso y la jurisprudencia en análisis ofrecen diversos temas relevantes desde el punto de vista ambiental-administrativo, los que pasamos a exponer a continuación:

²¹ Corte Suprema (2010) Rol 7167-2010, considerando 8°.

²² Corte Suprema (2010) Rol 7167-2010, considerando 9°.

²³ Corte Suprema (2010) Rol 7167-2010, considerando 11°.

²⁴ Corte Suprema (2010) Rol 7167-2010, considerando 11°.

²⁵ Corte Suprema (2010) Rol 7167-2010, considerando 12°.

1. Uso de recursos administrativos de la LBPA en el procedimiento del SEIA

El procedimiento del SEIA debiese garantizar que su acto terminal, la Resolución de Calificación Ambiental ("RCA"), sea la culminación de un profundo análisis técnico y jurídico del proyecto o actividad sometido a su evaluación, de manera tal que la decisión final del órgano de evaluación sea técnicamente fundada y plenamente ajustada a derecho²⁶. Tal exigencia se extiende también a los pronunciamientos de los órganos del Estado con competencia ambiental que participan en el procedimiento, y que van aclarando, ampliando o rectificando la evaluación original de un proyecto de manera tal que se determine finalmente su viabilidad ambiental.

El caso del Proyecto Castilla es un claro ejemplo de cómo los informes y pronunciamientos de los organismo del Estado con competencia ambiental pueden determinar o condicionar, sea para la aprobación o el rechazo, la evaluación final de un proyecto. El procedimiento del SEIA no contempla explícitamente la posibilidad del interesado de cambiar o rectificar la opinión de un organismo sectorial cuando estime que dicho pronunciamiento pueda afectar la evaluación o haya sido emitido en contravención a las normas ambientales que sean aplicables. Dicho de otro modo, no se contempla la posibilidad expresa de impugnar, dentro del procedimiento de evaluación ambiental, las opiniones o informes de los organismos sectoriales que participan en ella.

Al respecto, es de interés revisar como se interpreta la supletoriedad de la LBPA en cuanto a los recursos administrativos que pueden utilizarse para impugnar actos administrativos de trámite en un procedimiento especialmente reglado como lo es el procedimiento del SEIA²⁷. Sobre todo cuando ya no caben dudas de la aplicación supletoria de la LBPA al procedimiento de la LBMA²⁸.

²⁶ Elementos en todo caso exigibles a cualquier acto administrativo, a saber: motivación fáctica y jurídica, objeto y finalidad adecuados, además de los presupuestos de investidura regular del órgano que lo dicta, competencia del mismo y procedimiento racional previo y ajustado a la ley. Véase Soto Kloss (2010) pp. 349 y ss.

²⁷ La CONAMA; al pronunciarse sobre un recurso jerárquico interpuesto en contra de un ICE, expone que el procedimiento para la evaluación ambiental es un procedimiento especial y formalizado, y detalla los trámites que lo componen: la presentación del EIA, su envío a los órganos del Estado con competencia ambiental, la consolidación en un informe de las Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones. Aunque admite la aplicación de la LBPA en sus principios y normas generales, pero privilegia los recursos propios de la LBMA para impugnar los actos que en este procedimiento se dicten. Resolución Exenta CONAMA N° 2964/2007.

²⁸ En doctrina, la aplicación supletoria de la LBPA a todos los procedimientos administrativos ha sido insistentemente propugnada, aunque sea con criterios disímiles; véase por ejemplo Vergara (2007), Cordero (2007) y (2003), entre otros. En materia ambiental, ha habido además varios dictámenes de la Contraloría General de la República en este sentido, estableciéndose como regla de aplicación de la LBPA que esta "procede en la medida que la materia en la cual incide la norma de este cuerpo legal que pretende incorporarse, no haya sido prevista en el respectivo ordenamiento administrativo especial". Dictamen N° 12.971 (2006).

En este sentido, cabe recordar que el procedimiento administrativo tiene como fundamento general el ser una garantía para los derechos de los administrados, de manera que la tramitación ordenada y reglada en la toma de decisiones por parte de la Administración resguarde dichos derechos; y al mismo tiempo, permita asegurar la eficacia de la acción administrativa²⁹.

Tomando en cuenta lo anterior, una interpretación extensiva respecto de la procedencia de recursos en el procedimiento de evaluación ambiental podría complicar la tramitación ordenada que debe tener un procedimiento administrativo especial, como lo es el del SEIA, al interponerse recursos en forma paralela a su tramitación; pero una interpretación muy restrictiva podría sustraer a los particulares de herramientas o medios de impugnación de carácter extraordinario ante la autoridad administrativa, que pueden ser necesarios y atendibles en casos calificados por diversos motivos. El criterio más apropiado en esta materia consistiría en identificar el tipo de recurso que se concede en cada procedimiento, su objeto, y si es similar al recurso de reposición o jerárquico, se aplica el recurso especial; pero el de revisión, por sus causales y gravedad, debería ser siempre procedente.

En el caso que nos ocupa, MPX utilizó los recursos de la LBPA para impugnar un informe sectorial de la Seremi de Salud y el ICE, ambos documentos que constituyen piezas o etapas intermedias dentro del procedimiento de evaluación ambiental³⁰. Al respecto cabe destacar que ni la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó ni la sentencia de la Corte Suprema cuestionan la procedencia o admisibilidad de los diversos recursos administrativos de la LBPA interpuestos por MPX. Más bien, las Cortes reprocharon, en el caso de la Corte de Apelaciones, el mal uso de estos recursos con el objeto de incidir en el procedimiento de evaluación ambiental y, en el caso de la Corte Suprema, en el uso equivocado y sin apego a las reglas de la LBPA de los mecanismos de revisión utilizados por la Seremi de Salud de Atacama.

2. De la naturaleza de los actos administrativos dictados en el procedimiento del SEIA y su impugnabilidad

En concordancia con lo planteado en el punto anterior, y aunque las sentencias de las Cortes no contienen una regla expresa al respecto, creemos que una

²⁹ Soto Kloss (1980) pp. 228-229. En el mismo sentido, Montt indica que el procedimiento administrativo es una institución fundamental del Derecho Administrativo desde dos puntos de vista: en su dimensión de garantía de los derechos de los ciudadanos, y en cuanto mecanismo destinado a producir actos con un alto grado de legitimidad y acierto; Montt (2003) p. 119. Asimismo, es visto como parte del cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso administrativo, de la igual protección en el ejercicio de los derechos, y finalmente de la igualdad ante la ley, de manera que "todo aquel que tenga que ocurrir ante una autoridad, de cualquier naturaleza, para la protección de sus derechos, se encuentre en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o discriminaciones arbitrarias" Jara (2008) pp. 288-289.

³⁰ La LBPA establece, en su artículo 15 sobre la impugnabilidad de los actos administrativos, que los actos trámite sólo serán impugnables si determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión.

interpretación y aplicación adecuada a los fines y estructura del procedimiento administrativo de evaluación ambiental, y que al mismo tiempo resguarde los derechos de los intervinientes de impugnar las decisiones de la autoridad en este proceso, pasa por analizar la procedencia de los recursos en relación al tipo de acto que se impugna.

Varios son los principios y elementos que se conjugan en esta situación. En primer lugar, el procedimiento del SEIA es un procedimiento especialmente reglado y su estructura obedece a las particularidades propias de la problemática ambiental, como es su multisectorialidad³¹. De ahí la labor de coordinación que deben realizar las autoridades ambientales para recabar información de los diferentes órganos y sectores posiblemente afectados por un proyecto. En aras de simplificar la evaluación ambiental de los proyectos, es que el SEIA tiene como principio la llamada "ventanilla única"³², de manera que el titular de un proyecto sólo se vea enfrentado a un órgano de la Administración para obtener los permisos ambientales necesarios para ejecutar su proyecto, sin que puedan los demás órganos sectoriales negar dichos permisos por causales ambientales una vez obtenida la autorización ambiental³³.

En segundo lugar, en todo procedimiento administrativo debe estar presente la idea que la misión de la Administración en su actuar "no tiene un interés propio, jurídicamente hablando; su interés es el interés del Estado, su fin no es otro que el de éste. Las formas impuestas al acto de la Administración no están a favor de tal o cual parte básicamente, sino en interés de la decisión misma, de su corrección o acierto, madurez y justicia; es un fin de buena administración el que las impone"³⁴. En materia ambiental, el interés y misión del Estado es conjugar la protección del medio ambiente con el desarrollo de la actividad económica, y para ello la ley ha ordenado un procedimiento especial donde se analicen debidamente las diferentes aristas de cada actividad y el entorno en que éstas se desarrollan. De ahí que se exija la participación de todos los organismos del Estado con competencia ambiental para que den su opinión técnica, informada y dentro de su competencia de acuerdo a las normas legales

³¹ La temática ambiental incide en ámbitos como salud, urbanismo, minería, agricultura, transporte, obras públicas, educación y economía; es transectorial. Esto justifica un tratamiento integral de la problemática ambiental con el objeto de incorporar todas estas áreas a la protección del medio ambiente, en el cual finalmente se desarrollan todas estas actividades. Fernández (2004) pp. 153-154.

³² Astorga (2000) p. 48.

³³ Artículo 24 de la LBMA, incisos 2° y 3°, se refieren al efecto que tiene la Resolución de Calificación Ambiental respecto de los demás permisos que deba obtener el proyecto: "Si la resolución es favorable, certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes.

Si, en cambio, la resolución es desfavorable, estas autoridades quedarán obligadas a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental, aunque se satisfagan los demás requisitos legales, en tanto no se les notifique de pronunciamiento en contrario".

³⁴ Soto Kloss (1980) p. 229.

de cada sector. Pero es la autoridad ambiental, como órgano coordinador y central de esta evaluación multisectorial, la que debe conjugar estos pareceres e informaciones y cumplir su función de evaluación.

Nos parece que los actos de los organismos con competencia ambiental llamados a participar en el procedimiento del SEIA son actos trámite, de opinión y de juicio, preparatorios de la decisión final respecto del proyecto. Estos actos trámite justamente tienen por objeto recabar la mayor cantidad de información técnica y jurídica para que el órgano de decisión respectivo³⁵ tome la decisión final de aprobar o no ambientalmente el proyecto³⁶; en definitiva, son actos que sirven como antecedente o requisito para la dictación del acto final dentro del procedimiento de evaluación ambiental, con un contenido de razonamiento, pero no decisorio, que no imposibilitan la continuación del procedimiento administrativo ni producen indefensión.

En tercer lugar, está el principio de impugnabilidad de los actos administrativos³⁷. Principio básico del debido proceso es que los interesados y participantes en el mismo tengan la posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas en el procedimiento administrativo, tanto por el derecho a defensa de los intereses de los administrados en el procedimiento como por razones de eficacia y justicia³⁸. Esto se traduce en la posibilidad de hacer alegaciones e interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que la ley establezca en cada caso, sea como recurso especial de un procedimiento, o con los recursos generales de la LBPA³⁹. Aquí se debe concordar, una vez más, el principio

³⁵ En este caso el organismo tramitador del EIA fue la COREMA Atacama; pero recuérdese que cuando entren en vigencia las modificaciones al procedimiento de evaluación ambiental contenidas en la Ley 20.417, el órgano administrador de la evaluación ambiental será un servicio especial, el Servicio de Evaluación Ambiental.

³⁶ Una distinción propuesta por Pierry para los dictámenes de la Contraloría General de la República puede ayudar en sus conceptos a reforzar nuestra explicación. Pierry (2007) pp. 79-80, propone distinguir entre dictámenes como acto administrativo terminal, un segundo tipo de dictamen o juicio que luego da lugar a un acto administrativo posterior, y por último aquellos que no siendo creadores de derecho, tienen por objeto instruir a la Administración respecto del alcance o interpretación que deberían dar a algún precepto legal. Análogamente, los actos de opinión de los organismos con competencia sectorial ambiental pueden ser calificados como actos de juicio, pero que en el procedimiento de evaluación ambiental son actos trámite, no terminales, por cuanto su fin es informar a la autoridad ambiental de los efectos del proyecto en el ámbito de su competencia para la dictación del acto terminal del proyecto, que es la calificación ambiental.

³⁷ Artículo 15 LBPA y artículo 10 Ley N° 18.575.

³⁸ "En materia administrativa, el derecho a defensa se ha considerado no sólo como una exigencia del principio de justicia, sino también como expresión del principio de eficacia, ya que asegura un mejor conocimiento de los hechos y contribuye a mejorar la decisión administrativa garantizando que esta sea más justa". Oelckers (1999) p. 272.

³⁹ Y además, esto llama la atención sobre el equilibrio que se debe intentar mantener entre las dos dimensiones del procedimiento administrativo antes anotadas: garantía y eficacia. Justamente uno de los problemas que enfrenta la dimensión de garantía del procedimiento administrativo es que por proteger los derechos de los administrados se lleve a judicializar en exceso el procedimiento, lo que afecta la eficacia y eficiencia necesarias para una buena toma de decisiones por parte de la autoridad. Montt (2003) p. 129.

de especialidad de los procedimientos administrativos y la supletoriedad de la LBPA.

Conjugar todo lo anterior no es tarea fácil. En nuestra opinión, no parece adecuado que el titular de un proyecto, o los oponentes al mismo, puedan impugnar por cuerda separada, con los recursos administrativos de la LBPA, los actos de opinión de los organismos con competencia ambiental que después el órgano de evaluación⁴⁰ toma para preparar el ICE, antecedente esencial y prontamente vinculante para la decisión de calificación ambiental⁴¹.

En cambio, estimamos que los interesados podrían recurrir de reposición o jerárquicamente contra el ICE, que siendo un acto trámite es de vital importancia en el procedimiento del SEIA, más aún considerando su carácter vinculante para los aspectos normados de la evaluación ambiental. En definitiva, si el ICE contiene alguna opinión de un organismo sectorial que pueda atacarse por sus motivos, objeto o fin⁴², la autoridad ambiental podrá corregirlo en el ICE, o tomará las medidas para hacerlo. Además, la LBMA contempla recursos especiales contra la RCA, la que se dicta sólo después de evacuado el ICE correspondiente.

El escenario alternativo, permitiendo que el titular o los demás interesados en la calificación del proyecto recurran administrativamente con varios recursos diferentes ante cada informe evacuado dentro del procedimiento ambiental, creemos que produciría distorsiones en el sistema de evaluación, posibles decisiones contradictorias y afectar además significativamente los plazos que la misma LBMA impone para la evaluación ambiental.

⁴⁰ En este caso el organismo tramitador del EIA fue la COREMA; pero recuérdese que cuando entren en vigencia las modificaciones al procedimiento de evaluación ambiental contenidas en la Ley 20.417, el órgano administrador de la evaluación ambiental será un servicio especial, el Servicio de Evaluación Ambiental.

⁴¹ Recuérdese que de acuerdo al nuevo artículo 9 bis de la LBMA, introducido por la Ley 20.417, el ICE pasa a tener una mayor importancia y vincula directamente su contenido a la decisión de calificación ambiental que debe tomar la Comisión del artículo 86 o "Comisión de Evaluación", continuadora en esa función de las actuales COREMAS.

⁴² En todo caso, debe hacerse presente que esto se refiere a la impugnabilidad de los actos administrativos por las vías ordinarias de recursos administrativos, en los que se pueden alegar vicios en relación a sus elementos esenciales: motivo (fundamentación fáctica y de derecho que mueve a la Administración a obrar); objeto (contenido del acto, decisión de la Administración) y finalidad (satisfacción de la necesidad pública involucrada). Recuérdese que estos elementos suponen que el acto administrativo haya sido dictado por el órgano competente, investido regularmente y de acuerdo al debido procedimiento y forma legal (artículo 7° Constitución Política de la República). Estos supuestos de existencia del acto administrativo pueden ser reclamados siempre, por las vías judiciales o administrativas correspondientes. En esto seguimos la clarísima exposición de Soto Kloss en cuanto a los presupuestos, supuesto y elementos del acto administrativo. Véase Soto Kloss (2010) pp. 349-352.

3. Del recurso de revisión como recurso extraordinario y de causales estrictas

Otro punto importante tratado por la jurisprudencia analizada es lo relacionado a las causales del recurso extraordinario de revisión del artículo 60 de la LBPA.

Los recursos administrativos son medios que establece el Derecho para obtener que la Administración, en vía administrativa, revise un acto y lo confirme, modifique o revoque⁴³. En la clasificación de los recursos administrativos se distingue entre los ordinarios, que son aquellos que proceden contra cualquier clase de actos, salvo exclusión legal expresa, y pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico; los extraordinarios, que proceden sólo en aquellos supuestos expresamente previstos por el legislador y sólo por las causales señaladas por la ley; y los especiales, los cuales pueden fundarse, al igual que los ordinarios, en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, pero sólo proceden en los casos previstos en la ley que los regula, y generalmente se establece para ellos una tramitación especial⁴⁴. De acuerdo a esto, tenemos que el recurso de revisión que generó la decisión administrativa impugnada por el recurso de protección de autos es un recurso extraordinario, de causales estrictas, gravísimas⁴⁵, y que otorga competencias muy acotadas para el órgano administrativo que se pronuncia sobre él. No es un recurso que permita la total revisión del acto, y que habilite a la autoridad administrativa a confirmarlo, modificarlo, o revocarlo; la habilitación a la Administración al revisar este recurso, es a constatar estrictamente la causal excepcional invocada, y en base a ella ordenar lo que corresponda para ajustar el acto o el procedimiento administrativo en su caso.

En este caso, tanto la Corte de Apelaciones de Copiapó como la Corte Suprema consideraron que la autoridad sanitaria se había excedido de la causal alegada para interponer el recurso de revisión, esta es, “que al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada”⁴⁶, ya que había revisado a fondo la decisión anterior, y que las razones dadas para acoger el recurso de revisión interpuesto daban cuenta que su fundamento era bastante más que un “manifiesto error de he-

⁴³ Pierry (1980) p. 241.

⁴⁴ Pierry (1980) p. 247.

⁴⁵ La Corte Suprema en el fallo de autos reafirma este carácter del recurso: “Que el recurso de revisión tiene la específica calificación de extraordinario, pues cabe en vía administrativa ante actos que se encuentren firmes. Ello importa un carácter excepcionalísimo en su procedencia causal. Del tenor de los presupuestos de admisión que consigna el citado precepto legal [artículo 60 de la LBPA], se desprenden particulares motivos, todos de carácter grave, que determinan que el acto administrativo no pueda ser mantenido por ser manifiestamente injusto u obtenido de manera censurable, impropia; cual no es la situación de autos”. Corte Suprema (2010) Rol 7167-2010, considerando 6°.

⁴⁶ Artículo 60 letra b) de la LBPA.

cho". Que a través de este recurso se hayan cuestionado los criterios técnicos y jurídicos empleados, así como la decisión de fondo de la autoridad sectorial, con el objeto de obtener una calificación acorde con sus intereses, según la Corte "no se aviene con la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, al pretender cuestionarse abiertamente por este medio el mérito de fondo de una actuación anterior de la autoridad olvidando el alcance limitado que se le asigna por ley a este mecanismo de impugnación, cuyo objeto, de acuerdo a la causal que se invoca se reduce, como se señaló, simplemente a corregir defectos que deban aparecer de manifiesto en el acto, sin alterar sustancialmente su contenido"⁴⁷.

4. En cuanto al alcance del recurso de protección y el derecho a vivir en un medio libre de contaminación

La controversia asociada al Proyecto Castilla ha estado marcada principalmente por la magnitud de los impactos ambientales que éste generaría, tanto respecto de sus emisiones atmosféricas como sus impactos en el ecosistema marino producto de la descarga de los residuos líquidos en la zona costera. En este sentido, los recurrentes invocaron como derecho afectado que justificó el recurso de protección, entre otros, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Al respecto, es relevante señalar que la Corte de Apelaciones de Copiapó sostuvo, en el considerando 4° de su sentencia (no eliminado por la Corte Suprema), que "debe tenerse igualmente presente que ésta no es la instancia, ni el presente recurso el arbitrio pertinente para pronunciarse acerca de las bondades técnicas, ni para debatir acerca de la calificación final del proyecto". Luego, la Corte agrega que no cabe en esta sede pronunciarse sobre las cuestiones de fondo del proyecto, aseverando que en este caso se debe determinar la ilegalidad o arbitrariedad de la Resolución 2060 de la Seremi de Salud de Atacama. Sin embargo, al acoger el recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Copiapó señala como conculcado o amenazado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por cuanto el cambio de calificación industrial de "contaminante" a "molesta" por parte de la Resolución 2060 impugnada inducía a la aprobación del Proyecto Castilla con todas las consecuencias que involucra aprobar un proyecto calificado inicialmente como contaminante⁴⁸.

A nuestro juicio, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó incurre en una contradicción, ya que para estimar la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación necesariamente se debe hacer una valoración de los impactos positivos o negativos de carácter técnico del

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó (2010) Rol 235-2010, considerando 7°.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Copiapó (2010) Rol 235-2010, considerando 15°.

proyecto en cuestión, al menos respecto de su potencial aptitud para afectar el derecho. De esta forma, creemos que no es posible separar la apreciación técnica de un proyecto para determinar si el derecho a vivir en un medio libre de contaminación es afectado. Cabe hacer presente que la sentencia de la Corte Suprema eliminó este considerando, dejando sólo como derecho conculcado por la Resolución 2060 el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política.

En todo caso, la apreciación de la Corte de Apelaciones de Copiapó, si bien no fue confirmada en este caso por la Corte Suprema, corrobora, a nuestro juicio, una evolución en la forma en que la jurisprudencia del recurso de protección en materia ambiental estaría considerando a la RCA, o en este caso a actos preparatorios de la misma, como actos susceptibles de amenazar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁴⁹.

Bibliografía

ARTEAGA ECHEVERRÍA, Ignacio (2005): "Sobre la improcedencia del recurso de protección en contra de resoluciones de calificación ambiental (El caso de la Central Termoeléctrica Candelaria)", en *Revista de Derecho Administrativo Económico* (P. Universidad Católica de Chile), N° 15: pp. 181–189.

ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2000): *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Régimen jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).

CORDERO VEGA, Luis (2003): "Limitando la Ley de Procedimiento Administrativo. Una interpretación intolerable", en *Revista Chilena de Derecho* (P. Universidad Católica de Chile), Vol. 30 N° 3: pp. 549–552.

CORDERO VEGA, Luis (2007): "La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo. Actas Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso) pp. 49–70.

FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (2004): *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

JARA SCHNETTLER, Jaime (2008): "La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880", en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), Vol. 70: pp. 287–303.

⁴⁹ En el año 2005, en el caso de la Central Termoeléctrica Candelaria, se rechazó el recurso de protección en contra de la RCA del proyecto "utilizando el argumento que las RCA son meros actos administrativos de opinión y no de resultado, no teniendo en consecuencia la aptitud en sí de perjudicar el medio ambiente ni la integridad física y psíquica de las personas". ARTEAGA (2005) p. 181. Sin embargo, el año 2008 la judicatura acogió un recurso de protección contra la RCA de la Central Termoeléctrica Campiche, el que es todavía ampliamente comentado por el giro que significó en la jurisprudencia de protección en materia ambiental.

MONTT OYARZÚN, Santiago (2003): "El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso", en *Revista de Derecho Público*, (Universidad de Chile), Vol. 65: pp. 119–132.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1999): "El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo. Especial referencia al Proyecto de Ley sobre Bases de los Procedimientos administrativos", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), N° XX: pp. 271–281.

PIERRY ARRAU, Pedro (1980): "Control del acto administrativo. Recursos administrativos. Recurso contencioso administrativo", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), N° IV: pp. 239–266.

PIERRY ARRAU, Pedro (2007): "Concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República" en *Acto y Procedimiento Administrativo. Actas Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso), pp. 71–80.

SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing Chile).

SOTO KLOSS, Eduardo (1980): "Estado de derecho y procedimiento administrativo", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), N° 4: pp. 211–237.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2003): "Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos", en *Acto y Procedimiento Administrativo. Actas Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, Ediciones Universidad de Valparaíso) pp. 31–48.

Normas

Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Diario Oficial, 5 de diciembre de 1986.

Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, Decreto N° 47 del Ministerio de la Vivienda de Urbanismo, Diario Oficial, 5 de junio de 1992.

Ley N° 19.300, Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.

Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 95 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, Diario Oficial, 7 de diciembre de 2002.

Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Diario Oficial, 26 de enero de 2010.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Copiapó (2010): Rol 235-2010, 15 de septiembre de 2010. [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2010] Disponible en:

http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_doc_corte.php?rowdetalle=4985630&consulta=100&causa=235/2010&numcua=5788&secre=Civil

Corte Suprema (2010): Rol 7167-2010, 15 de noviembre de 2010. [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2010] Disponible en:

http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPA AyAAB2GmAAI&consulta=100&causa=7167/2010&numcua=43417&secre=UNICA

Dictamen N° 12.971 de 22 de marzo de 2006, Contraloría General de la República de Chile, [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2010] Disponible en:

<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>

El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos ante el apremio legítimo y el debido proceso

Notas a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable el art. 169 del Código Sanitario

COMENTARIO DE:

Julio Alvear Téllez

Profesor Investigador Facultad de Derecho UDD

Colaborador honorario Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

Doctor en Derecho / Becario Alban de la Unión Europea

Universidad Complutense de Madrid

Con fecha veintiuno de octubre de dos mil diez, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia rol 1518-09, por la que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 169 del Código Sanitario, en el recurso de amparo preventivo interpuesto en contra del Instituto de Salud Pública. El organismo había invocado dicha preceptiva para solicitar a la Intendencia Regional Metropolitana el arresto de los recurrentes, ejecutivos de la empresa "Laboratorio Chile S.A.", por vía de sustitución y apremio, en razón de no haber pagado las multas impuestas por éste¹.

La sentencia fue redactada por los ministros señores Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado. De modo impecable procede, en primer lugar, a identificar el conflicto constitucional sometido a la competencia del tribunal.

La mitad de una acertada solución parte siempre por una adecuada exposición y delimitación del problema, lo que la resolución en comento cumple a cabalidad. En efecto, ella manifiesta que existía un título jurídico para no pagar las

¹ El artículo 169 del Código Sanitario (título II del libro X) no puede leerse sin referencia al art. 168. Establece este último: "Los infractores a quienes se les aplicare multa deberán acreditar su pago ante la autoridad sanitaria que los sancionó, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la notificación de la sentencia". Por su parte, el art. 169 dispone: "Si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa.

Para llevar a cabo esta medida, el Director del correspondiente Servicio de Salud o del Instituto de Salud Pública de Chile, en su caso, solicitará del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso al establecimiento penal respectivo a cuyo efecto librarán la orden correspondiente en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a la autoridad sanitaria".

multas impuestas por el Instituto de Salud Pública, dado que fueron oportunamente impugnadas en sede judicial, al amparo del artículo 171 del Código Sanitario, expurgado éste de su exigencia de consignar previamente su importe para hacer efectiva la vía judicial². Sin embargo, como si dicha sentencia no tuviera la validez que le asigna la Constitución, el Instituto de Salud Pública “procedió a despachar sendos oficios a la Intendencia de Santiago”, como si las reclamaciones no se hallasen pendientes ante los tribunales, “solicitando la prisión de los sancionados en atención a que no se habían pagado dichas multas en el intertanto”. Oficios que se fundaron precisamente en el artículo 169 mencionado³.

Previo al análisis de la cuestión, la sentencia evalúa la naturaleza del mandato contenido en la norma. Puntualiza que el artículo 169 citado no consagra propiamente la “prisión por deuda”, porque el ilícito castigado con prisión “no es el incumplimiento de una deuda, sino la misma infracción sanitaria que motivó la primitiva multa, y cuyo lugar jurídico ocupa con posterioridad una pena administrativa privativa de libertad”⁴. No estaría violando en consecuencia el artículo 7 N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ ni, por reflejo el artículo 5° de la Constitución Política.

Pero, de todos modos, el referido artículo configura “un conjunto de situaciones sin parangón en el derecho chileno”⁶. Por tres razones principales:

i) Porque consagra una sanción del todo atípica en el derecho administrativo⁷.

² Establecía el artículo 171 del Código Sanitario: “De las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud podrá reclamarse ante la justicia ordinaria civil, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, reclamo que tramitará en forma breve y sumaria. Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”. La sentencia del 29 de mayo del 2009 (rol N° 1348) del Tribunal Constitucional, publicada en el Diario Oficial el 28 de mayo del 2009, declaró inconstitucional la exigencia de consignación previa consignada en la última frase (“Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”).

³ STC, Considerando tercero.

⁴ STC, Considerando cuarto.

⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, consagra en su artículo 7 el “Derecho a la Libertad Personal”. En su numeral séptimo dispone que “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

⁶ STC, Considerando quinto.

⁷ STC, Considerando quinto: “mientras las remociones e inhabilidades, así como las multas, constituyen las sanciones típicas del derecho administrativo, donde lo propio cabe aseverar de las penas privativas de libertad respecto del ámbito penal, el artículo 169, por idénticos hechos imputados al infractor, convierte automáticamente la multa en pena de prisión, como forma de apremio o presión, habida cuenta de que esta sustitución opera con ejecución administrativa inmediata, cuando aquélla no hubiere sido pagada dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación. Lo señalado contrasta por cierto con otros medios alternativos menos lesivos ideados por el Legislador, para el caso de impago de una multa administrativa, como es dar mérito ejecutivo al acto que la dispone (DFL N° 163, del Trabajo y Previsión Social, de 1968, artículo 61; Ley N° 16.395, artículo 60; DL 3.538, de 1980,

ii) Porque tratándose de una medida que participa de las características esenciales de las sanciones penales, puede aplicarse sin restricciones a quienes no son directa y personalmente los infractores⁸.

iii) Porque autoriza a la autoridad sanitaria a consumir la ejecución de la pena, sin intervención judicial y no obstante encontrarse pendiente su revisión jurisdiccional⁹. Lo que supone una violación al principio de ejecutoriedad (rectamente entendido) de los actos administrativos¹⁰.

A continuación, con una breve y clarísima redacción, la sentencia concatena lógicamente todos los puntos que connotan la inconstitucionalidad del art. 169 del Código Sanitario:

artículo 31; leyes N°s 18.755, artículo 22; 18.840, artículo 62, inciso segundo del artículo 1°; 18.902, artículo 14; 19.995, artículo 55, inciso final, y DFL N°1, de Salud, de 2006, artículos 113, inciso sexto, y 116, inciso segundo, entre varias)⁸.

⁸ STC, Considerando sexto: "Que, de otra parte, atendida la circunstancia de que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del *ius puniendi* estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto, como lo ha señalado esta Magistratura (roles N°s 244 y 479), los sujetos pasivos de las mismas sólo suelen serlo –por regla general– quienes aparezcan como directa y personalmente infractores. De esta manera, para poder hacer efectiva una sanción sobre los administradores o representantes de la entidad agente de la infracción, se requiere texto expreso de ley, tal como se prevé en otros casos análogos (DL 3.538, de 1980, artículo 28, inciso final; leyes N°s 18.755, artículo 21; 19.913, artículo 21, etc.). No obstante, en esta preceptiva sanitaria y con cobertura simplemente reglamentaria (artículos 161 y 168 del DS N° 1.876 de 1996), tales sanciones no se imponen a la empresa respectiva, sino que se hacen recaer sobre el patrimonio y libertad de su director técnico y el jefe del departamento de control interno".

⁹ STC, Considerando séptimo: "Que, además, es criterio generalmente asentado que las penas dispuestas por la Administración no pueden cumplirse mientras no se encuentren ejecutoriadas. Así lo ha manifestado la Contraloría General de la República en diversos pronunciamientos (dictámenes 34.644 de 1978; 36.415 de 1979, y 32.076 de 1996, entre otros), e igualmente lo ha plasmado el Legislador en variados cuerpos normativos (leyes N°s 18.168, artículo 36; 18.410, artículo 19, inciso segundo; 18.755, artículo 20; 18.838, artículo 40; 19.913, artículo 24, inciso segundo; 19.995, artículo 55, inciso final; DFL N° 1, de Salud, de 2006, artículo 113, inciso séptimo, etc.). En la misma línea, cabe recordar que el proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos sancionadores, iniciado por Mensaje Presidencial N° 541-350 (25.3.2004), señalaba justamente que "Las sanciones que impongan multa serán siempre reclamables y no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación o ésta no haya sido resuelta" (artículo 30, inciso primero). Sin embargo, en este caso, la autoridad sanitaria cuenta con el desusado privilegio de poder consumir la pena, con auxilio de la fuerza pública, sin autorización judicial previa, a pesar de encontrarse ésta sometida a revisión jurisdiccional y con sentencia pendiente conforme al artículo 171, por aplicación de lo prescrito en el artículo 169, en relación con los artículos 170 y 172 del Código del ramo".

¹⁰ STC, Considerando octavo: "Que no aminora la observación precedente el que la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, disponga que los actos administrativos gozan de exigibilidad "desde su entrada en vigencia" (artículo 3°, inciso octavo) y que los actos de la Administración "sujetos al Derecho Administrativo" causan inmediata ejecutoriedad (artículo 51, inciso primero). Comoquiera que las sanciones administrativas han de sujetarse, preeminentemente, a las garantías y principios inspiradores del orden penal, contemplados en la Constitución Política, según la jurisprudencia asentada por esta Magistratura (roles N°s 244, 479, 480, 725, 766, 1.183, 1.184, 1.203, 1.205, 1.221 y 1.229), entonces su entrada en vigencia no puede producirse sino cuando se encuentren ejecutoriadas o firmes, puesto que materializarlas antes significaría privar de todo efecto práctico a una ulterior sentencia favorable, en tanto hayan sido reclamadas oportunamente por los afectados –como ocurre en la especie– ejerciendo el derecho a la acción que les reconoce la Carta Fundamental y, en este caso, el propio Código Sanitario".

(1) Violación del derecho fundamental a no ser afectado por apremios ilegítimos

Fijada la premisa de que el arresto, como apremio que importa una privación de libertad, es una institución ajustada a la Constitución¹¹, se reconviene al art. 169 su *arbitrariedad* –entendido el concepto en su *especie* de infracción constitucional¹²– en cuanto no respeta plenamente las garantías establecidas en el artículo 19 N° 7 de la Carta¹³ en la medida en que el apremio-pena que establece importa el castigo de una conducta que no es aún del todo reprochable¹⁴.

¹¹ STC, Considerando décimo: “Que en otras ocasiones esta Magistratura se ha pronunciado acerca de la legitimidad de los apremios establecidos por el legislador, rechazando sendos reproches de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; específicamente, en dos sentencias referidas al arresto como apremio en materia previsional (recaídas en roles N°s 519 y 576), y en un pronunciamiento relativo al arresto como apremio en materia tributaria (autos rol N° 1006). En los mismos se tuvo oportunidad de analizar las características y finalidades de los referidos apremios, en tanto importaban privación de la libertad, para considerarlos como una institución ajustada a lo dispuesto en la Carta Fundamental”.

¹² STC Considerando decimoquinto: “Hay situaciones de excepción en que la fuerza está autorizada por la ley, existiendo por tanto “ciertos apremios que se estiman legítimos: un embargo, el arresto, la incomunicación, entre otros” (Mario Verdugo M. y otros, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, p. 202). Se ha precisado, además, que apremio legítimo es aquel que “es impuesto con justicia, que es proporcionado a la consecución de una finalidad lícita, secuela de una decisión de autoridad competente en un proceso justo” (José Luis Cea E., *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, p. 113)”.

STC Considerando decimotercero: “Que, por otra parte, esta Magistratura ha afirmado que es generalmente reconocido que el término “arbitrario” no es sinónimo de “ilegal”, de forma tal que una detención o arresto “puede encontrarse acorde con la ley, pero ser igualmente arbitraria”. Del mismo modo, se ha reconocido también que la detención o el arresto es arbitrario “cuando se efectúa sin motivos o conforme a procedimientos distintos a los previstos por la ley o cuando confirma una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad” (sentencia rol N° 1006)”.

¹³ STC Considerando decimosegundo: “Que, a su vez, en las aludidas sentencias de inaplicabilidad, este Tribunal ha consignado que tanto la detención como los apremios que importen una privación de la libertad, dentro de los cuales se encuentra el arresto, deben llevarse a cabo con plena observancia de las garantías establecidas en el artículo 19, N° 7°, de la Constitución Política, de conformidad al cual aquel tipo de privación sólo puede ser decretado cuando una ley lo prescriba, mediante una orden expedida por un funcionario público facultado para hacerlo y previa intimación legal de la misma. Además, manifestó que la Ley Fundamental establece que, entre las garantías mínimas del afectado, se encuentran aquellas consistentes en que el imputado debe ser puesto a disposición del juez dentro de un plazo determinado, para la obtención de una determinada conducta; que la privación de libertad debe materializarse en la casa del arrestado o en lugares públicos destinados al efecto, y que su aplicación no puede implicar la privación de determinados derechos, respetándose a su vez los derechos legítimos de terceros (sentencia rol N° 519, considerando 18°). En el mismo sentido, sentencias roles N°s 576 y 1006”.

¹⁴ STC Considerando decimoséptimo: “Que, en lo que se refiere al apremio que consagra el primer inciso del artículo impugnado, éste no puede considerarse de aquellos amparados por el orden constitucional y, por consiguiente, legítimo, toda vez que consiste en una limitación a la libertad que en sí misma no tiene la finalidad propia de un apremio, esto es, compeler a un individuo a realizar una determinada conducta, sino más bien, como ya se señaló, es una pena privativa de libertad utilizada como forma de apremio o presión, por lo que en sí misma importa una reacción punitiva ante una conducta del individuo que viene a reemplazar por vía de sustitución el pago de una multa y que, por consiguiente, su finalidad es más bien sancionar al responsable de un acto. De esta manera, mal podría considerarse que se está en presencia de un apremio legítimo si éste a su vez importa el castigo de una conducta que, como se apreciará, no es aún del todo reprochable, desde el momento que se ha impetrado a la jurisdicción ordinaria con el objeto de que ésta determine si existe realmente una determinada responsabilidad imputable a los recurrentes”.

Al respecto, la sentencia considera que el art. 169 consagra una figura de apremio ilegítimo porque, en definitiva, importa “una pena privativa de libertad impuesta por la vía administrativa y sin que previamente exista una instancia jurisdiccional que revise dicha actuación”, con lo que se infringe lo dispuesto en el artículo 19 números 1° y 7° de la Constitución¹⁵.

Doctrinariamente el Tribunal considera que los derechos fundamentales invocados se han violado por una inexacta comprensión del principio de ejecutoriedad del acto administrativo. Es esta la base que justifica su toma de posición que, a primera vista, podría considerarse no solo drástica, sino improcedente e injustificada, como objeto el voto disidente redactado por los ministros Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Pero lo que está en juego no es algo menor. Se trata de una cuestión de principios no de accidentales incidencias. Desde que está impugnado un acto administrativo ante la jurisdicción, los órganos de la Administración quedan inhibidos de actuar. La razón es simple: las potestades administrativas se suspenden desde el momento en que el asunto ha quedado radicado en la jurisdicción, la única que de modo exclusivo y excluyente, de acuerdo al art. 76 de la Constitución, está llamada a pronunciarse sobre el tema. En este sentido, el principio de ejecutoriedad, con todos sus supuestos, opera en el derecho chileno si el acto administrativo es válido, lo que sólo puede ser establecido (es una necesidad no solo de fin sino de medio) en la sentencia judicial respectiva que se pronuncia sobre la impugnación deducida. Pretender ejecutar un acto administrativo con prescindencia de este dato esencial significa interferir en las atribuciones jurisdiccionales (art. 76 inc. 1° frase segunda de la Constitución), lo que les está prohibido a los órganos de la Administración, además de vulnerar el derecho de acceso a la Justicia del afectado y el derecho a la protección de sus derechos (art. 19 N° 3 de la Carta)¹⁶.

La sentencia del Tribunal perfila esta posición con argumentos algo disímiles, aunque en su conjunto resultan contundentes:

- a) Es ilegítima la pena de prisión, utilizada como apremio, cuando el precepto que la impone no establece la intervención de la autoridad judicial¹⁷.

¹⁵ STC, Considerando vigésimosegundo.

¹⁶ Es interesante considerar que lo anterior también puede deducirse de la noción de acto administrativo vista desde una “perspectiva sustancial”. La noción es de gran riqueza de contenido y articula todos los caracteres del acto administrativo –universalmente admitidos– en fundamentos indisputables. Dicha perspectiva ha sido desarrollada por Eduardo Soto Kloss (2009): *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, Legal Publishing): pp.221–230.

¹⁷ STC, Considerando decimotercero: “Que, a mayor abundamiento, la pena de prisión, utilizada como un apremio, tampoco puede considerarse ajustada a la Constitución, atendido que el precepto reprochado no establece la intervención de la autoridad judicial que decreta la respectiva privación luego de determinar, conforme al mérito de un proceso, la tipicidad de la conducta, su antijuridicidad y la

- b) Es ilegítimo el apremio-pena que se origina en una conducta cuya ilicitud aún no goza de verdad judicial¹⁸.
- c) Es ilegítimo que el apremio-pena en cuestión no sea mensurado¹⁹.
- d) Es ilegítimo facultar a la autoridad administrativa para hacer arrestar o detener a alguna persona sin intervención judicial²⁰.

culpabilidad del sujeto. Además, esta carencia de revisión judicial no permite que exista un juzgamiento en torno a si la prisión es necesaria y adecuada como apremio, ni tampoco graduarla de conformidad a la reprochabilidad de la conducta, cuestión que, por lo demás, ni la misma norma lo permite. En efecto, ésta al señalar textualmente que se “sufrirá ... un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual”, consagra la privación de libertad de modo obligatorio; impide que se utilicen otros medios más adecuados para lograr el cumplimiento de la multa, y que la prisión sea proporcional y graduable de conformidad a las particularidades que asisten al no pago de la multa”.

Más adelante, a propósito de la proporcionalidad de la pena, en el considerando trigésimo primero, se precisa: “Que no levanta este reproche el que esa prisión guarde alguna correlación con el monto de la multa, puesto que el énfasis con que la Carta asegura especialmente la libertad personal, en sus artículos 1º, inciso primero, y 19, N° 7º, letra b), incluso durante los estados de excepción constitucional, lleva a sostener que toda privación de ella, en forma de pena de prisión, es materia de reserva judicial exclusiva, como ya se ha señalado. Así, incluso, acontece en el caso más afín con el artículo 169 que puede encontrarse en la legislación nacional (Ley N° 18.755, artículo 20)”.

¹⁸ STC, Considerando decimonoveno: “Que, por otra parte, tampoco puede esta Magistratura estimar como legítimo un apremio-pena que se ha originado en una conducta cuya ilicitud aún no goza de verdad judicial, desde el momento que los requirentes reclamaron de las multas impuestas y se encuentra pendiente el respectivo pronunciamiento jurisdiccional. Así, al no existir sentencia judicial que se pronuncie sobre los hechos que motivan la sanción, no resulta lícito que esta última se haga efectiva y exigible desde ya y compulsivamente a través de un “apremio”, que por demás consiste en una verdadera pena privativa de libertad impuesta por vía administrativa”.

¹⁹ STC, Considerando vigésimo: “Que, adicionalmente, es del caso tener presente que se trata de una sanción que no tiene fijados límites en el propio texto, lo que motivó incluso que en la tramitación de la Ley N° 19.497 se señalara por algunos legisladores que “el apremio que contempla este artículo, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual, no establecía una duración determinada”, todo lo cual no se condice con una medida acotada en el tiempo, como debe ser por lo demás todo apremio que revista el carácter de legítimo”.

²⁰ STC, Considerando vigésimo primero, referido al inciso segundo del artículo 169: “Que en lo que respecta al inciso segundo de la disposición impugnada, éste se refiere a la forma en que se hace efectivo el apremio descrito y consiste en la atribución que se le otorga a la autoridad administrativa, esto es, al Intendente o Gobernador, en orden a disponer la detención e ingreso a un recinto penal respecto del sujeto que no haya pagado la multa impuesta en el sumario sanitario. En tal sentido, debe tenerse presente que la Ley Fundamental, en su artículo 19, N° 7º, letra a), establece que “toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”. Por otra parte, si bien la misma disposición, en su letra c), permite al legislador facultar a la autoridad administrativa para hacer arrestar o detener a alguna persona, también requiere la intervención judicial en estos casos, en orden a que el detenido sea puesto a disposición del juez en un plazo determinado, como ya fuera señalado en esta sentencia. Así por demás lo señala la doctrina autorizada al precisar que de conformidad a la historia fidedigna de la aludida disposición constitucional: “los plazos a que se refiere el precepto únicamente se aplican a los casos en que la autoridad administrativa o policial arreste o detenga, ya sea que actúe por orden judicial, ya sea que lo haga en caso de delitos flagrantes o en las demás situaciones en las que el ordenamiento jurídico le permite hacerlo, con el objeto de que, a la brevedad, se ponga a disposición del juez la persona afectada, todo ello con el objeto de velar por que se resguarden en mejor forma sus derechos” (Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, Ed. Jurídica de Chile, año 2008, pp. 39 y 40)”.

A otro título, el art. 169 impugnado viola el bien constitucional de no ser afectado por un apremio ilegítimo. La sentencia lo establece de pasada, casi incidentalmente, sin profundizar en su argumentación. Nos referimos al principio de proporcionalidad como categoría de justicia constitucional²¹.

(2) Infracción al debido proceso

La incorrecta intelección del principio de ejecutoriedad conlleva a otra importante afectación de los derechos fundamentales: el debido proceso. Al disponer un apremio-privación de libertad sin un proceso jurisdiccional en el que opera el principio de bilateralidad y el derecho a defensa, el art. 169 del Código Sanitario afecta el artículo 19 N° 3 de la Constitución²². Lo que se confirma al aplicar el criterio que el tribunal tuvo en cuenta en su declaración de inconstitucionalidad del art. 171 del referido cuerpo legal²³.

²¹ TC, Considerando decimocuarto: “Que, además, se ha sentenciado que un apremio que importe privación de libertad debe decretarse “con una indudable determinación y con parámetros incuestionables, esto es, respetando el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir”. En tal sentido, se ha señalado que una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo “es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales” (sentencias roles N°s 519 y 576)”.

²² STC, Considerando vigésimo cuarto: “Esta Magistratura ha establecido que, con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables. En efecto, ha manifestado respecto al procedimiento administrativo sancionador que “no obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura en diversos pronunciamientos”. Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que “los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi*” (sentencia rol N° 244, considerando noveno, y, más recientemente, en los autos rol N° 480)”.

STC, Considerando vigésimo quinto: “Que la disposición que se analiza también infringe el debido proceso, toda vez que, como se desprende de las motivaciones anteriores, por una parte se está en presencia de una pena que, aunque dispuesta como apremio, supone la privación de libertad, sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una limitación a su libertad. Y, por otra parte, esta clase de coactividad estatal exige que la respuesta del Estado emane de una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento, debidamente tramitado, tal como exige perentoriamente el artículo 19, N° 3°, inciso quinto de la Constitución Política de la República”.

²³ STC, Considerando vigésimo sexto: “Que, del mismo modo, cabe explicitar que a partir de la declaración de inconstitucionalidad efectuada por esta Magistratura en su sentencia rol N° 1.345 –de la parte del artículo 171, inciso primero, del Código Sanitario que exigía la consignación de la multa como un requisito para dar lugar a la tramitación de la reclamación judicial–, mal podría estimarse como legítimo el apremio que establece la disposición objetada en estos autos por cuanto, al vulnerar el derecho a un debido proceso, carece de respaldo constitucional. En efecto, si la reseñada consignación fue declarada contraria a la Constitución, atendiendo a que vulneraba el derecho de acceso a la justicia, se hace más patente la ilegitimidad del apremio reprochado, desde el momento que su aplicación efectiva no sólo desincentivaría a efectuar un reclamo judicial por temor a ser sometido a prisión, sino que, en sí mismo, supone impedir el acceso a la justicia, toda vez que el pago de la multa, al no consistir ahora en un requisito para poder reclamar de ella, importa reconocer como verdadera una actuación infraccional y aceptar una sanción sólo con la finalidad de no ser sometido a prisión”.

(3) Afectación del principio de proporcionalidad de la pena

El debido proceso no atiende solo a aspectos formales, sino también materiales y sustantivos, por lo que hace parte de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución la proporcionalidad de las penas²⁴, que el artículo 169 del Código Sanitario no resguarda al permitir consolidar irremediabilmente una pena privativa de libertad sin ninguna cautela judicial previa hasta por hechos de ínfima magnitud²⁵. Todo lo cual se corrobora cuando se constata el excesivo rigor con el que se autoriza a actuar al Instituto de Salud Pública²⁶.

(4) Negación eventual del principio de inocencia

La sentencia recuerda con precisión cuáles son las exigencias deontológico-legales del principio constitucional de inocencia²⁷. A este propósito, el artículo

²⁴ STC, Considerando vigésimo octavo: "Que el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia, como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (rol N° 437, considerando 14°), como es –entre otras dimensiones– garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada".

²⁵ STC, Considerando vigésimo noveno: "Que no resguarda ni promueve dicha finalidad el reparado artículo 169, toda vez que por vía administrativa y sin ninguna cautela judicial previa, aun obviando que a su respecto puede existir una gestión jurisdiccional pendiente, permite consolidar irremediabilmente una pena privativa de libertad, hasta por hechos –agregase ahora– de ínfima magnitud y en los que puede no haber mediado ni siquiera culpa del infractor".

STC, Considerando trigésimo: "Que, en efecto, la norma objetada convierte administrativa e indiscriminadamente en prisión cualquiera multa, impaga por no estar ejecutoriada, sin atender a la circunstancia de que ésta debió modularse, antes, en relación con la naturaleza o entidad de la falta cometida. Si las multas sanitarias aun por hechos leves o menores pueden derivar en prisión, entonces ello implica desvirtuar todo el procedimiento seguido con antelación, tendiente, como se dijo, a garantizar que las decisiones de la autoridad se ciñan estrictamente al principio de proporcionalidad, de modo que las sanciones administrativas aplicadas se correspondan con la gravedad de las faltas cometidas y la responsabilidad de los infractores en ellas".

²⁶ STC, Considerando trigésimo segundo: "Que tampoco avalan este excesivo rigor con que puede actuar el Instituto de Salud Pública, los altos bienes jurídicos que le incumbe resguardar, como son la vida y la salud de la población. Porque, aparte de que –aparentemente– las infracciones cometidas en la especie no revestirían tan acusada gravedad, al extremo de justificar una prisión, es lo cierto que la aplicación del artículo 169 no constituye el medio único y necesario para obtener ese fin, desde que la autoridad sanitaria siempre cuenta con la posibilidad de denunciar a la justicia del crimen aquellos delitos contra la salud pública que pueda detectar en el ejercicio de sus funciones. Especialmente si se configuran los hechos tipificados en los artículos 313 d, 314 y 317 del Código Penal".

²⁷ STC, Considerando trigésimo tercero: "Que, sin perjuicio de lo anterior y como señalaron las partes en estrados, no puede dejar de repararse que, en la especie, además puede resultar infringido el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución, que prohíbe a la ley presumir de derecho la responsabilidad del sedicente infractor. Siendo de anotar, al respecto, que según la jurisprudencia de este Tribunal, de allí se deduce el principio de presunción de inocencia, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos legales que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas (rol N° 993, considerando 3°). Agregando que dicho principio es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Carta Fundamental, y del derecho a la defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional, en los términos que reconoce y ampara su artículo 19 (rol N° 825, considerando 24°)".

STC, Considerando trigésimo cuarto: "Que, así, se ha considerado enteramente inadmisibles que la ley dé por establecida la existencia del hecho como constitutivo de infracción o el grado de partici-

169 del Código Sanitario generaría por vía de consecuencia una suerte de presunción de culpabilidad, al desvirtuar el derecho del afectado a presentar reclamos y pruebas de manera eficaz contra los hechos que dan por establecida la sanción y por acreditada la responsabilidad²⁸.

* * *

Expuestos los motivos precedentes, son rehilados en la conclusión a manera de fundamento dual²⁹ para resolver la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma en cuestión³⁰.

Está claro que el efecto concreto y preciso de esta sentencia es generar una prohibición a la Administración, cual es que jamás puede, aunque sea indirectamente, afectar con una privación de libertad el bien jurídico de los artículos 19 N° 1 y 7. Queda, sin embargo, una cuestión pendiente: la de si es constitucional el que la Administración goce, aún con sustento legal, de la facultad de privar de libertad a una persona. No parece que la analogía con el derecho penal sea a este respecto tan clara a la hora de fundar esta potestad sancionatoria del Estado administrador.

La síntesis conclusiva de la sentencia es de una concisión notable y deja al desnudo sin mediaciones retóricas la identificación de las infracciones constitucionales que sirven de base a la inaplicabilidad. No obstante, su correlación

pación que el sujeto tenga en él, impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que le franquea la ley (rol N° 519, considerandos 40° y 41°). Igualmente, esta jurisprudencia ha señalado que se trata de un principio referido al "trato de inocente", que importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en su derecho a defensa al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso (roles N°s 1.351, considerando 45°, y 1.584, considerando 6°). Esto es, que la presunción de inocencia implica una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla poena sine iudicio*).

STC, Considerando trigésimo quinto: "Que el derecho a ser tratado como inocente, durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad, no sólo puede verse vulnerado cuando una ley estructura en forma nominal alguna presunción de culpabilidad. Si del contexto de la ley aparece que diversas disposiciones, relacionadas entre sí, conducen al mismo resultado, también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genere como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de manera eficaz".

²⁸ STC, Considerando trigésimo sexto: "Que lo anterior acontece con el artículo 169 del Código Sanitario, puesto que permite anticipar la ejecución administrativa de una pena de prisión, antes de encontrarse firme dicha sanción, mientras los hechos que dan por establecida la infracción y por acreditada la responsabilidad se encuentran discutidos en sede judicial. De suerte que, aunque el reclamo judicial prospere, la eventual sentencia favorable podría devenir enteramente inocua o carente de significación real, al haberse consumado antes y producido todos sus efectos irreversibles esa pena de prisión".

²⁹ Considerando trigésimo séptimo: "Que de lo señalado es posible concluir que la disposición contenida en el artículo 169 del Código Sanitario importa un apremio no autorizado por la Constitución, atentatorio además de la normativa propia de un justo y racional procedimiento, estableciendo una verdadera pena carente de justicia y proporcionalidad, razón por la cual se declarará su inaplicación en la presente causa".

³⁰ "SE RESUELVE: Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido a fojas 1. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en estos autos en resolución de fojas 83. Oficiése al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago".

con el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos en su significado comprensivo queda en la implicitud. Pero una vez que se han analizado con detención los considerandos de la sentencia, los cabos son atados y los vínculos entre dicho principio, el apremio autorizado por la Constitución y el debido proceso aparecen sin dificultad.

Es imperativo destacar este último punto, pues parece no haber sido comprendido a fondo por el voto disidente de los ministros señores Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Sus fundamentos ocupan en extensión casi los dos tercios de la sentencia, donde abundan citas a las doctrinas española³¹ y chilena³² sobre la ejecutoriedad del acto administrativo y otras materias derivadas.

Empero, uno se pregunta si eran necesarias tales citas. Porque nadie discute la importancia del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. Lo que supone la declaración de inaplicabilidad es que la ejecutoriedad tiene un *momento* adecuado para hacerse efectiva, por exigencia de nuestra propia Constitución. Nada más, pero tampoco nada menos. El que la Administración cuente con sus propios medios para tutelar la efectividad de sus actos no se ha puesto en duda. Lo que comienza a zanjarse, a propósito de la inaplicabilidad, es que en Chile los órganos de la Administración deben ejecutar sus actos con pleno respeto a los derechos fundamentales, en concordancia con nuestro propio régimen constitucional.

³¹ De la doctrina española se citan textos de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Undécima edición, Madrid, 2002: pp. 127–128, 509, 511, 513, 587, 773, 774); Raúl Bocanegra (*Lecciones sobre el acto administrativo*; Editorial Civitas, Madrid, 2002: pp. 118, 125, 127–128) y Lorenzo, Martín-Retortillo Baquer (“Multas administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 79: pp. 10, 11 y 12).

³² De los administrativistas chilenos se cita a Patricio Aylwin (*Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1952: pp. 158, 159, 160); Enrique Silva Cimma (*Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995: pp. 102, 103 y 119); Gustavo Fiamma (“El Régimen Administrativo Tutelado”, en *Gaceta Jurídica* N° 71, 1976, p. 8); Jorge Bermúdez (*Derecho Administrativo General*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010: pp. 93 y 95); Juan Carlos Ferrada (“Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral*, vol. XX N° 2, diciembre 2007: pp. 75, 76, 79, 82, 83); Eduardo Cordero (“La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos en la Ley N° 19.880”, en *Acto y Procedimiento Administrativo, Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, s/ fecha: pp. 119, 120, 123, 127); Pedro Aguerrea (“Las prerrogativas del acto administrativo en la Ley N° 19.880”, en *Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos*, Ediciones Universidad Santo Tomás, Santiago, 2003, p.49); Claudio Moraga Klenner (“Cuestiones generales sobre el acto administrativo”, en *Derecho Administrativo Chileno*, Rolando Pantoja, coord., México, Porrúa, 2007, pp: 201–202) y Hugo Caldera (*El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1981, pp.76 y 77).

Aplicación de los artículos 48, 49 y 53 de Código de Procedimiento civil

COMENTARIO DE:

Héctor Oberg Yáñez

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad del desarrollo

Doctrina

No procede notificar por el estado diario las resoluciones comprendidas en el art. 48, a las demandadas que no han comparecido al juicio en forma alguna y que, por tanto, no han podido dar cumplimiento a la obligación de señalar domicilio prescrito en el art. 49. En consecuencia, en este caso, no es aplicable la sanción de notificación por el estado que establece el art. 53 del Código de Procedimiento Civil.

Corte de Apelaciones de Concepción.

Concepción, siete de septiembre de dos mil diez.

Visto:

En estos autos se ha alzado la demandante, apelando en contra del fallo de primer grado que desestimó, en todas sus partes, tanto la demanda principal como la subsidiariamente interpuesta, solicitando que se revoque la referida sentencia y en su lugar se declare que se acoja la demanda principal, con costas o, en subsidio, se acoja la demanda subsidiariamente intentada, igualmente con costas.

Se trajeron los autos en relación y, en la vista de la causa, como consta del atestado de la señora relatora de fs. 111, no comparecieron a hacer sus alegaciones los abogados que representan los intereses de las partes.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en la vista del recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra del fallo de primera instancia, la Corte advirtió la existencia de un posible vicio de casación en la forma, el contemplado en el artículo 768 N° 9, esto es *"El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causales siguientes... N° 9.- En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por*

cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad”, con relación al artículo 795 N° 3, ambos del Código de Procedimiento Civil, esto es “En general son trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales... N° 3.- El recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley ...”.

SEGUNDO: Que, en efecto, aparece de autos que las partes demandadas fueron cuatro, siendo todas ellas notificadas de la demanda, compareciendo sólo la parte de la I. Municipalidad de Purén, encontrándose los restantes demandados en rebeldía.

Pues bien, de conformidad con lo que dispone el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, las resoluciones judiciales sólo producen sus efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 48 del mismo Código, las sentencias definitivas, las resoluciones en que se reciba a prueba la causa, o se ordene la comparecencia personal de las partes, se notificarán por cédula.

Por su parte, el artículo 49 del Código citado establece que todo litigante, en la primera gestión judicial que haga en la causa, estará obligado a señalar un domicilio conocido dentro de los límites urbanos en que funciona el Tribunal.

A su turno, si bien el artículo 53 hace extensiva la notificación por el estado diario a aquellas resoluciones que han debido notificarse por cédula, conforme al artículo 48 ya citado, respecto de las partes que no han hecho la designación a que se refiere el artículo 49 y mientras esta no se haga, notificación que se hará sin previa petición de parte ni orden del Tribunal, lo cierto es que para que opere tal sanción es necesario que el litigante haya hecho alguna gestión en la causa. En otras palabras, *“no procede notificar por el estado diario las resoluciones comprendidas en el artículo 48, a los demandados que no han comparecido al juicio en forma alguna y que, por tanto, no han podido dar cumplimiento a la obligación de señalar domicilio prescrita en el artículo 49. En consecuencia, en este caso, no es aplicable la sanción de notificación por el estado que establece el artículo 53”* (fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, citado en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Procedimiento Civil*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Tercera edición. 1999, págs. 105 y 106).

TERCERO: Que, de autos consta que la resolución que recibió la causa a prueba, de fs. 55 sólo se notificó por cédula a la demandante y a la demandada I. Municipalidad de Purén, no así a los demás demandados, a todos los cuales se les notificó por el estado (fs. 55 y 63), lo que importa la falta del

trámite de la recepción de la causa a prueba para esos litigantes rebeldes, desde que la interlocutoria de prueba referida no ha producido sus efectos en lo que a ellos respecta, al no haberseles notificado con arreglo a la ley.

CUARTO: Que, de conformidad a lo que dispone el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, la Corte está facultada para, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o de alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma.

A su vez, el artículo 786 del citado Código establece que en los recursos de casación en la forma, la misma sentencia que declara la casación determinará el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al Tribunal correspondiente.

De conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 186, 678 N° 9, 775, 786 y 795 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que, en uso de sus facultades esta Corte procede a **casar en la forma y de oficio** el fallo apelado, de veintinueve de julio de dos mil seis, escrito desde fs. 83 a fs. 88, al igual que todo lo obrado en el presente juicio, retrotrayéndose la causa al estado que Juez no inhabilitado que corresponda proceda a ordenar notificar a todas las partes, como en derecho corresponda, la resolución que recibió a prueba la causa, continuando con la tramitación de los presentes autos hasta dictar sentencia definitiva, si fuere procedente.

En razón de lo antes resuelto, se omite pronunciamiento del recurso de apelación intentado por la demandante en contra del fallo de alzada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Hadolff Gabriel Ascencio Molina

Se deja constancia que el fallo se dicta en cumplimiento de lo ordenado por la Excm. Corte Suprema con fecha 13 de agosto de 2010, en antecedentes AD-953-2010.

No firma la Ministro señora Sara Herrera Merino, no obstante haber concurrido la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse en visita.

Rol N° 356-2009

Sara Herrera

Freddy Vásquez

Hadolff Ascencio

Ha transcurrido un largo tiempo desde que James Goldschmidt¹ refiriéndose a la naturaleza jurídica del proceso lo contempla como una situación jurídica, tesis que queda comprendida entre aquellas que la doctrina procesal denomina teorías publicistas o procesalistas. ¿Y qué es la situación jurídica? Dando respuesta a esta interrogante sostiene nuestro autor que es el conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de cada una de las partes en atención al resultado que espera el actor o que teme el demandado obtener en el proceso.

Luego, carga procesal es la necesidad de prevenir un perjuicio procesal mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativas del propio interés, es lo que las distingue de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad. Tratándose del proceso en general para los litigantes hay una carga, no un deber, de fundamentar la demanda, de probar, de comparecer, de contestar la demanda.

El sistema general de la legislación y la buena fe que debe presidir los actos del proceso exigen que las partes ejerciten oportunamente los medios que la ley les franquea para mantener la validez del mismo, porque sería contrario a ese sistema y a esa buena fe que el litigante pudiera reservar acciones para invalidar un proceso por vicios que conocía, en espera de la decisión final y para el caso de que ésta fuera adversa a sus pretensiones.

Toda otra interpretación en materia de nulidades procesales llevaría al extremo de dejar entregada a la voluntad o malicia de las partes la prosecución del juicio, ya que bastaría que ellas mismas llenen en forma indebida o inadecuada los trámites legales que corresponda evacuar para que se anule más adelante el proceso y se retrotraiga el juicio a su estado primitivo.

Si bien es cierto que los tribunales pueden adoptar las medidas conducentes que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento, dicha facultad debe ejercerse discrecionalmente en resguardo de los derechos de las partes o cuando se encuentre comprometido el interés público, no correspondiendo hacerlo cuando el vicio o defecto que se atribuye al procedimiento se ha saneado por el no uso oportuno de los recursos establecidos por la ley.

Por ende, dejamos en claro, que si las partes litigantes no evacuan oportunamente gestiones, trámites que sólo afectan a su defensa, o las cumplen en forma indebida o incorrecta, los vicios que de ello se originen menoscaban exclusivamente a aquellos que no usaron su derecho en los términos exigidos

¹ Cientista alemán, destacado en el campo del derecho, particularmente en lo que atañe al Derecho Procesal, una de cuyas obras nos interesa mencionar en este comentario es *Der Prozess als Rechtslage* (El proceso como situación jurídica), escrito en 1925.

por la ley y su ineficacia en ningún caso podría obtenerse mediante la función correccional del tribunal. Las formalidades que establece la ley de la actuación en general obedecen al propósito de resguardar los derechos de las partes, a fin de que dentro del proceso dispongan de los medios eficaces para hacer valer sus derechos; y es por ello que, salvo los casos en que se produzca una nulidad de orden público, como serían los provenientes de la incompetencia absoluta del tribunal o de falta de capacidad de las partes, todo vicio debe ser reclamado por el afectado, y si así no se hace en la oportunidad que señala la ley, el defecto queda saneado, y, por lo mismo, no es dable a los tribunales sustituir la actividad de las partes y declarar oficiosamente nulidades no reclamadas.

A la luz de lo que he dejado expuesto, es indudable que el fallo en comento no se ajusta a derecho. El art. 49 impone una carga a los litigantes, en este caso a los demandados, los cuales al incurrir en rebeldía permiten la continuación del pleito sin su presencia, asumiendo los riesgos que conlleva su silencio, pues han desaprovechado la posibilidad procesal que la ley les otorga, han descuidado el cumplimiento de una carga y que los hace pasibles de la sanción prevista en el art. 53 del Código de Procedimiento Civil. Aun más, si se aplica el principio dispositivo que opera en el derecho procesal, se estaría frente a una renuncia a sus derechos procesales, la que por regla general se realiza sencillamente por el hecho de que la parte desaprovecha posibilidades procesales, como se ha dicho.

Según anota el fallo en referencia, los demandados (4) fueron notificados de la demanda, y que solo uno de ellos compareció a la instancia, encontrándose los demás (3) en rebeldía, de manera que no parece justo que se considere a los rebeldes en mejor situación jurídica que a aquel que estando presente en el juicio ha omitido hacer la designación contemplada en el art. 49, sea por negligencia u otra causa cualquiera, de modo que es perfectamente legal que a los rebeldes se les notifique por el estado diario la respectiva resolución.

Dándose por contestada una demanda en rebeldía del demandado, en tal situación jurídica se considera legalmente que este último ha contestado en realidad la demanda, lo que importa una gestión suya en el pleito que lo obliga a señalar domicilio para los efectos legales, y que no habiéndose cumplido con esta obligación a pesar del apercibimiento conminando de notificarle todo por el estado diario, es admisible la petición de notificar por este medio la resolución de que se trata (C. Ap. de Tacna). Además, dando a la ley un alcance y significación diversos, resulta evidente la frustración de los propósitos de ella en cuanto a obtener una expedita y correcta sustanciación de los pleitos, dado que para evitar la marcha rápida del juicio a que la ley provee mediante el señalamiento de domicilio y las notificaciones por el estado, le bastará a la parte demandada recurrir a la maniobra de dar una contestación en rebeldía y abstenerse enseguida de toda gestión en la causa hasta que la necesidad de su defensa le precise comparecer.

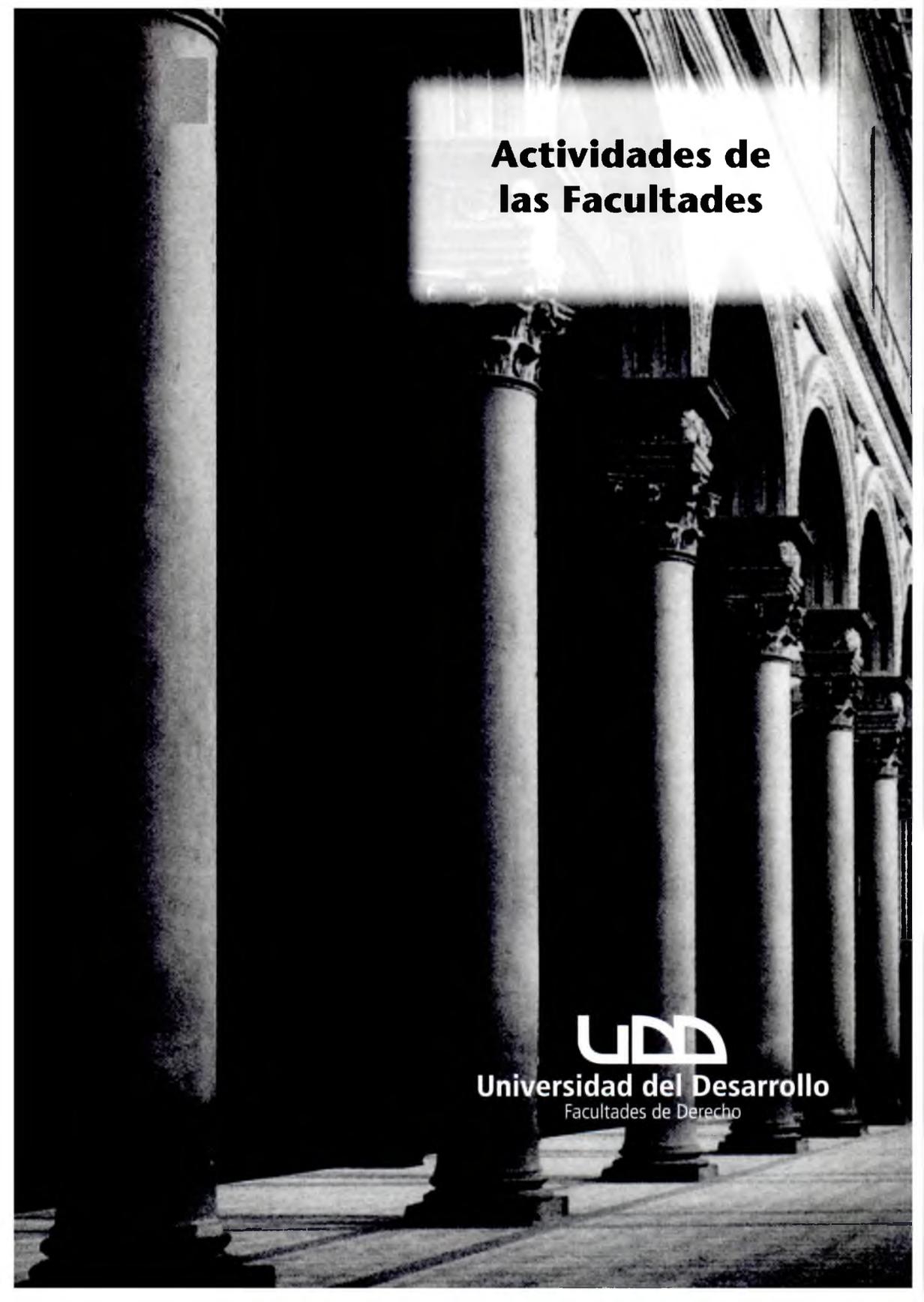
Para casar oficiosamente la Corte se ha asilado en los arts. 768 N° 9 y 795 N° 3 del Código de Enjuiciamiento, y transcribiendo este último establece que es trámite esencial *"el recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley"*. Sin embargo, en su considerando 3° deja establecido que la causa fue recibida a prueba a fs. 55. Luego, el motivo de casación aducido es inexistente y ha llevado a una conclusión errónea. En efecto, una cosa es que la causa no sea recepcionada a prueba, y otra es que ella no haya sido notificada en forma legal, en opinión de los sentenciadores. En este litigio lo que no se habría producido es una notificación, y tal omisión sólo conlleva a que tal resolución no produciría sus efectos respecto de los omitidos. Por ende, aquellos que se suponen afectados por el vicio son los llamados a reclamar del mismo, en la oportunidad que les franquea la ley, y si no lo hicieron, precluyó su posibilidad u oportunidad, no pudiendo el tribunal subsanar esta falta de diligencia por carecer de facultad para ello, toda vez que no puede confundirse la no recepción de la causa a prueba con su falta de notificación, que solo permite que no produzca los efectos que le son propios.

Nos parece, para concluir este comentario, que la sentencia dictada por la Corte de Valdivia con fecha 6 de diciembre de 1957 es suficientemente esclarecedora sobre el particular, y que es del tenor siguiente:

"3°) "Que antes de la reforma introducida por la Ley 7760 al artículo 53 del Código de Procedimiento Civil podía discutirse si la designación de un domicilio dentro de los límites urbanos era obligatoria o representaba un acto voluntario, supeditado a que la parte presentara escrito; como podría discutirse si la primera gestión en el pleito debía ser real, de iniciativa del litigante, o si bastaba la simplemente ficta, como un trámite dado por evacuado en rebeldía; pero después de intercalada al primitivo artículo la frase "y mientras ésta no se haga" y de agregado el inciso "esta notificación se hará sin necesidad de petición de parte y sin previa orden del tribunal", no hay duda que la obligación de designar domicilio reza no sólo con el litigante que gestiona en el pleito, sino que también con el rebelde;

"4°) "Que estudiando, a mayor abundamiento, la historia fidedigna de su establecimiento, se advierte que la modificación de la Ley 7760, de 20 de enero de 1944, en lo que al artículo 53 se refiere, no figuraba en el Proyecto del Ejecutivo, sino que fue introducida por la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, a indicación del Ministro de Justicia don Oscar Gajardo, quien formuló indicación, según se lee en las actas, para agregar al antiguo artículo 56 la frase "y mientras ésta no se haga", como una manera de sancionar a aquellos litigantes que no hayan designado un domicilio conocido dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione el tribunal. Sin debate y por asentimiento unánime se aprobó la indicación formulada, quedando por lo tanto redactado el artículo en los siguientes

términos: artículo 56. Agréguese la siguiente frase final: ...“y mientras ésta no se haga”. La aludida Comisión designó informante al H. Diputado don Héctor Correa Letelier, quien en la sesión de julio de 1943 dijo: “En el artículo se establece que las notificaciones se harán por el estado respecto de las personas que no hayan designado domicilio, agregando esta frase: “y mientras ésta no se haga”. Es casi una redundancia, pero la Comisión quiso ser explícita. “La modificación propuesta fue aprobada por la Cámara de Diputados sin discusión, y remitido el proyecto al Senado, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia se dijo: “Artículo 56. Ha aprobado la modificación que se propone a este artículo, y además ha acordado agregarle el siguiente inciso: “Esta notificación se hará sin necesidad de petición de parte y sin previa orden del tribunal” y la Cámara Alta, en sesión de 5 de enero de 1944, aprobó en general y en particular el proyecto. Finalmente, la Cámara de Diputados, conociendo del proyecto de ley en tercer trámite constitucional, aprobó la modificación del Senado sin que surgiera discusión sobre la modificación en estudio;



Actividades de las Facultades



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actividades de la Facultad de Derecho Sede Santiago

Segundo Semestre 2010

Trinidad Siles D.

Coordinadora de carrera
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Presentamos las actividades relevantes que se llevaron a cabo durante el segundo semestre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

I. Actividades de admisión

Talleres de Derecho.

Los talleres de Derecho se organizaron con la intención de dar a conocer distintos aspectos de la carrera a nuestros postulantes.

Las jornadas se realizaron en tres tardes, divididas en derecho civil, derecho penal y derecho laboral.

Los alumnos interesados debieron venir a inscribirse a la Facultad previamente.

La actividad fue exitosa y los asistentes participaron de todo el taller.

Jornadas vocacionales

La Universidad del Desarrollo convocó a 3 jornadas vocacionales este año 2010.

Las cuales consistieron:

- 1° Trabajo en base a resolución de caso. A los alumnos se les presentó el caso del terremoto ocurrido el 27 de febrero, y se los hizo trabajar en grupo, asignándoles a cada grupo un rol: Propietario, Arrendatario e Inmobiliaria. Se les entregó la legislación aplicable y con la ayuda de un monitor, cada grupo identificó la responsabilidad que le cabía.

- 2° Simulación de juicio oral. Junto a un grupo de alumnos de Derecho UDD, nuestros asistentes tomaron un rol en un caso de derecho de familia y representaron una audiencia preparatoria de juicio oral.
- 3° Simulación de negociación internacional: Con la dirección del profesor de Derecho Internacional, Raúl Campusano, nuestros alumnos pudieron conocer cómo el derecho se hace parte en distintas instancias del quehacer nacional e internacional. Se les realizó un juego de roles, en el cual cada grupo hizo valer su postura frente al resto.

II. Actividades de la Facultad

Charla sobre "El sistema constitucional inglés y la nueva Corte Suprema en el reino Unido"

El 29 de septiembre del año en curso el Dr. Javier Oliva, docente de Derecho Público de la Universidad de Bangor, en Gales, Reino Unido, ofreció una charla a los alumnos y egresados de la Facultad acerca de temas relacionados con el Derecho Constitucional inglés, el funcionamiento de la nueva Corte Suprema en el Reino Unido y sobre la metodología de enseñanza del derecho anglosajón.

Alumno de Derecho participará en "Barco de la Juventud"

El alumno de derecho de la UDD Juan Eduardo Cruz fue seleccionado por el Gobierno japonés en el "Barco de la Juventud". Se trata de una actividad oficial, a través de la cual un grupo de jóvenes japoneses y de diversos países participarán en una experiencia de navegación visitando varias naciones. La finalidad de esta iniciativa es crear lazos entre personas de distintas partes del mundo y fortalecer valores de fraternidad y paz.

La actividad comienza la segunda semana de enero de 2011, con un período de actividades en Tokio. Luego, en Yokohama, los participantes se embarcan en "El Barco de la Juventud" visitando Solomon Islands, Fiji, Vanuatu, y Australia. La novedosa experiencia concluye los primeros días de marzo.

Seminario de "Trabajo en Equipo y Liderazgo"

Como todos los años, el DAE, Dirección de Asuntos Estudiantiles, realizó un exitoso seminario que se propuso trabajar con los jóvenes los conceptos del emprendimiento y el liderazgo a través de dinámicas grupales y ejercicios físicos. Este año, la actividad se desarrolló en el Cajón del Maipo durante los días 14 y 15 de octubre y participaron 6 alumnos de la carrera. Se cerró la actividad con un almuerzo de camaradería con autoridades de la UDD. El Rector les dirigió

unas palabras en torno al tema trabajado, uno de los pilares valóricos de los cursos sello UDD.

Debates universitarios

El equipo de Debates de la UDD participó en dos torneos universitarios durante el segundo semestre del año 2010: estos fueron el **“Torneo Bicentenario de Debate”** y el **“Torneo Unipersonal de Debate”**. Estas instancias reeditan la formalidad del sistema parlamentario, que consiste en la exposición de dos discursos por parte de oradores y un jurado colegiado que califica la calidad de los exponentes.

El primero estuvo organizado por La Sociedad de Debate, junto a la Dirección de Asuntos Estudiantiles de la UDD, durante los días 27, 28 y 29 de septiembre en la sede San Carlos de Apoquindo de la UDD. Después de un intenso torneo, la UDD se adjudicó el primer lugar ante la Universidad de Chile.

El segundo evento fue organizado por la Universidad Santo Tomás y se realizó durante el 2 y 3 de noviembre de 2010. Pablo Sánchez fue el responsable del triunfo, con el que la UDD venció a otras ocho instituciones de educación superior.

El equipo de la UDD está integrado por alumnos de distintas carreras de la UDD, no obstante, 7 son alumnos de la Facultad, ellos son: Andrea Álvarez de la Rivera, Josefa Giessen, Loreto Yévenes, José Tomás Herrera, Pablo Sánchez, Miguel Anabalón, y como capitán del grupo, Carlos Pereira Jadue.

En ambos debates participaron la Pontificia Universidad Católica, la Universidad de Chile, la Universidad de Los Andes, la Universidad Andrés Bello, la Universidad Santo Tomás, la Escuela de Carabineros de Chile y la Universidad del Desarrollo.

Visita al campamento Las Lomas 1 de Lo Barnechea

El 8 de noviembre, el curso de Responsabilidad Pública, acompañado de su profesora Cecilia Muñoz, realizó una visita al campamento Las Lomas 1 de Lo Barnechea. Los alumnos fueron recibidos por la presidenta del comité de Junta de Vecinos, quien aprovechó de contarles de los 20 años de vida del campamento, de su organización, de la forma en que se prepararon para ser erradicados a viviendas sociales, en fin, de temas vinculados a su vida en la comunidad. Esta experiencia les permitió a los alumnos vincularse con una realidad distinta a la habitual y pensar en distintas posibilidad de idear proyectos para mejorar las condiciones de vida de su país.

Foro : “Estamos bien en el refugio los 33” El antes y después de la seguridad laboral en Chile

El derrumbe de la mina San José en Copiapó en agosto del 2010 produjo un impacto fuerte en Chile. Este tema fue abordado en un foro, organizado por

la Facultad de Derecho y la colaboración de la ONG "Jóvenes libres". Esto se realizó el 27 de septiembre y contó con la participación de destacados expositores, como el diputado Alejandro García Huidobro, presidente de la comisión investigadora sobre seguridad de faenas mineras de la Cámara de Diputados; Marcos Alarcón, dirigente sindical de trabajadores contratistas de CODELCO, y Ricardo Acuña, abogado jefe de la Fiscalía ACHS.

Ciclo "Derecho a Conversar"

En el segundo de los encuentros del ciclo, los hermanos José Miguel y Alfredo Piquer Gardner expusieron temas relacionados con el desarrollo de Internet en Chile, la Banda Ancha, avances tecnológicos, hardware y software, el comercio electrónico, innovaciones de servicios, etc. Esta actividad, realizada el 22 de junio, dio pie para discutir acerca del mundo de la computación y los alcances legales en el marco nacional y global.

Álvaro Fischer Abeliuk, ingeniero matemático y presidente de la Fundación Ciencia y Evolución en Chile, fue entrevistado por el profesor Raúl Campusano Droguett. En esa oportunidad se abordaron temas relacionados con el legado intelectual de Charles Darwin en el siglo XXI y el impacto que tuvo en el mundo el seminario sobre este tema que se realizó en el año 2009 en Chile. Esta actividad se llevó a cabo el 10 de agosto con nuestros alumnos de la Facultad.

El escritor Pablo Simonetti y el abogado constitucionalista Patricio Zapata conversaron sobre el tema de la homosexualidad en Chile y las repercusiones que esta realidad tiene en nuestro país. A pesar de un corte de luz local que dejó al auditorio en penumbras, se mantuvo una dinámica muy interesante entre los dos expositores y el público, conformado principalmente por alumnos. Las perspectivas legales y el trasfondo del tema se prolongaron hasta muy tarde el 17 de agosto, en el Campus de San Carlos de Apoquindo.

Tercer encuentro de ex alumnos

El 19 de noviembre se realizó el tercer encuentro de licenciados de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho UDD en el restaurante Raúl Correa y Familia. En esta oportunidad, tanto Pablo Rodríguez Grez, Decano de la Facultad de Derecho, como Cecily Halpern Montecino, Directora de la carrera de Derecho, invitaron a ex alumnos y profesores a participar de este encuentro de camaradería.

Ceremonia de Graduación: Derecho y Ciencias Política

El 2 de diciembre, en una solemne ceremonia presidida por el Rector de la UDD, Ernesto Silva Bafalluy, el Vicerrector Académico, Rodrigo Fernández Donoso,

y el Decano de nuestra Facultad, Don Pablo Rodríguez Grez, les entregaron a 30 licenciados en Ciencias Jurídicas su grado académico de Licenciados en Ciencias Jurídicas. Nicolás Enteiche Rosales habló a nombre de los licenciados y en esta oportunidad Natalia García Swaneck recibió el premio Universidad del Desarrollo por destacarse como la mejor alumna que obtiene el grado durante el año 2010.

III. Actividades de extensión y educación continua

Seminario sobre caso fortuito y responsabilidades derivadas del sismo

Esta actividad, realizada el 25 de mayo de 2010, estuvo destinada a analizar los distintos ámbitos de la responsabilidad derivada del sismo, a propósito del devastador terremoto que azotó a nuestro país en febrero del presente año.

Los expositores fueron el Decano de nuestra Facultad, Sr. Pablo Rodríguez, quien trató acerca del caso fortuito como causal de extinción de la responsabilidad civil; el abogado y profesor de Derecho Urbanístico Sr. Patricio Figueroa, quien expuso sobre la responsabilidad del primer vendedor y de la empresa constructora a consecuencia del sismo; el abogado y liquidador oficial de seguros Sr. Carlos Goñi, quien analizó el contrato de seguro y el caso fortuito, para finalizar con la ponencia del profesor de Derecho del Trabajo de nuestra Facultad, señor Héctor Humeres, sobre el caso fortuito como causal de despido en el contrato de trabajo.

Cursos Superintendencia de Quiebras

Durante el mes de junio de 2010, nuestra Facultad impartió dos cursos de capacitación para abogados y contadores de esta repartición. El primero de ellos, sobre Aspectos Legales de la Desvinculación Laboral y el Nuevo Procedimiento Laboral, fue impartido por los profesores Cecily Halpern M., Héctor Humeres N. y José Ugolini T., en tanto que el segundo, sobre FUT, Pérdidas y Documentación Relacionada, estuvo a cargo del profesor Jaime García E.

Curso "Aspectos Legales de las Empresas de menor tamaño: Estatuto PYME"

Entre el 06 y el 10 de septiembre de 2010 se llevó a cabo este curso, que tuvo por objetivo dar a conocer los principales aspectos legales y de gestión de las empresas de menor tamaño, a consecuencia de las reformas introducidas por la nueva Ley N° 20.416, publicada el 3 de febrero de 2010, y que fue patrocinado por la Superintendencia de Quiebras. Los temas abordados fueron la regulación laboral de la empresa de menor tamaño, a cargo de la profesora

Cecily Halpern M.; permisos y autorizaciones administrativas para las empresas de menor tamaño, por el profesor Felipe Leiva S. y aspectos relativos a la insolvencia de la empresa de menor tamaño, impartido por el Superintendente de Quiebras, Sr. Cristián Palacios V.

Seminario "Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos: develando la punta del iceberg"

En esta actividad, realizada el 07 de septiembre de 2010, se tomó como punto de partida el fallo del Tribunal Constitucional sobre las Isapres y se analizaron, desde distintas perspectivas los efectos de estas sentencias, particularmente en materia contractual. Los expositores fueron el Director del Departamento de Derecho Público de nuestra Facultad y profesor de Derecho Constitucional Sr. Salvador Mohor A., quien trató acerca de los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en el actual escenario; el Decano de nuestra Facultad, Sr. Pablo Rodríguez G., quien expuso sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los contratos y, finalmente, el profesor de Derecho del Trabajo de nuestra Facultad, Sr. Héctor Humeres N., quien analizó las implicancias del fallo del Tribunal Constitucional sobre las Isapres, en el sistema de salud chileno.

Diplomado sobre nuevos enfoques en asesoría corporativa

Con fecha 24 de septiembre de 2010 se dio inicio a este Diplomado, cuyo objetivo es entregar una sólida formación en los ámbitos más relevantes de la asesoría legal de empresas, con énfasis en los nuevos enfoques y desafíos que representa, para el abogado corporativo, la actividad empresarial en la actualidad. El programa, cuya duración es de cien horas, consta de cinco cursos y un taller práctico, en que se abordan las principales áreas de la asesoría corporativa.

Curso Academia Judicial

Entre el 15 y el 19 de noviembre de 2010 se llevó a cabo el Curso sobre Regímenes Matrimoniales y Bienes Familiares, dirigido a Jueces de Familia, Jueces de Letras con competencia en materia de Familia, Secretarios de Juzgados de Letras con competencia en materia de Familia, Secretarios y Fiscales Judiciales de Cortes de Apelaciones y Relatores. El curso fue impartido por el Decano de nuestra Facultad, Sr. Pablo Rodríguez G., y por la profesora de Derecho Civil Sra. Claudia Schmidt Hott.

Exámenes de conocimientos relevantes para síndicos y postulantes a síndicos de quiebras

A consecuencia de la licitación y posterior adjudicación a nuestra Universidad del servicio de examen de conocimientos relevantes para síndicos y postulantes a sín-

dicos, con fecha 30 de junio de 2010 se rindió el primer examen, en el marco del contrato suscrito con la Superintendencia de Quiebras. La comisión examinadora y evaluadora está compuesta por los profesores de Derecho Comercial de nuestra Facultad, señores Rafael Gómez B., Manuel Montt D. y Francisco Pfeffer U.

Exámenes de conocimientos relevantes para postulantes y asesores económicos de insolvencia

A consecuencia de la licitación y posterior adjudicación a nuestra Universidad del servicio de examen de conocimientos relevantes para postulantes y asesores económicos de insolvencia, con fecha 29 de octubre de 2010 se rindió el primer examen, en el marco del contrato suscrito con la Superintendencia de Quiebras. La comisión examinadora y evaluadora está compuesta por los profesores de Derecho Comercial de nuestra Facultad, señores Rafael Gómez B., Rafael Gómez P., Manuel Montt D. y Francisco Pfeffer U.

IV. Actividades de la dirección de postgrado

La Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho impartió durante el año 2010 los siguientes programas de postgrado:

Magíster en Derecho

En el mes de diciembre de 2010 se dio término al primer año de clases del Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho de la UDD, programa destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las competencias profesionales del abogado, mediante la entrega de una formación académica de excelencia.

Esta primera versión del programa contó, en su primer año, con la presencia de connotados profesores, los cuales trataron diversos temas, todos los cuales revisten la mayor importancia para el abogado, que debe mantenerse constantemente actualizado.

Buscamos entregar a nuestros egresados una formación de excelencia en el área jurídica, con el objeto de perfeccionar y profundizar sus nociones de las principales ramas del Derecho, actualizando sus conocimientos y confiriéndoles instrumentos que faciliten el ejercicio profesional especializado, tanto en asesoría a instituciones públicas y privadas como en defensas o acciones judiciales. Asimismo, se busca formar profesionales expertos en áreas determinadas del Derecho –a través de una preparación específica y delimitada–, como también egresados con conocimientos amplios y desarrollados en distintas materias de nuestro ordenamiento jurídico.

La idea es perfeccionar a los alumnos a través de una malla flexible e innovadora, que permite la actualización de sus conocimientos en las principales ramas del derecho, confiriéndoles instrumentos que faciliten el ejercicio profesional especializado, tanto en asesoría a instituciones públicas y privadas como en defensas o acciones judiciales.

A las cualidades anteriores debe agregarse un cuerpo académico de excelencia, que sin duda conforma buena parte de la primera línea de la doctrina nacional en el ámbito jurídico.

El alumno puede optar por obtener el grado de Magíster en Derecho o el grado de Magíster en Derecho con mención.

LL.M. Executive – Magíster en Derecho Económico y Financiero. 4ª versión

El año 2010 se dio inicio a la cuarta versión del LL.M. Executive, programa de Postgrado que conduce al grado de Magíster en Derecho Económico y Financiero al cabo de tres semestres de clases. Este programa está destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las habilidades profesionales del abogado que asesora a la actividad empresarial.

En la actualidad, debido al rápido desarrollo de nuevos conocimientos y recursos tecnológicos, unidos a los acelerados cambios sociales y normativos, resulta imperioso para los abogados cursar estudios de postgrado que les permitan actualizar sus destrezas y dominar la renovación de sus especialidades.

Nuestra idea es hacer posible que quienes egresen del LL.M. Executive puedan ubicarse en una posición de vanguardia en su carrera profesional, situándose a la cabeza de los demás abogados de su generación. Todo ello en función de asumir trabajos de mayor complejidad y sofisticación.

Postítulo en Derecho Tributario – 4ª versión

En el mes de septiembre de 2010 se dio término a la 4ª versión de nuestro Postítulo en Derecho Tributario, programa dirigido a profesionales que tengan interés en completar su formación a través de la especialización en el área tributaria.

El objetivo general del programa es que el alumno conozca en detalle el sistema de tributos en Chile y sea capaz de enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación, de forma tal que pueda resolver los diversos problemas que el ejercicio de la profesión demanda. El cuerpo académico es de excelencia, destacando abogados y contadores auditores especialistas en cada uno de los temas que enseñarán.

Postítulo en Planificación Tributaria. 2ª versión

Se impartió con gran éxito la 2ª versión de este programa, que se encuentra dirigido a profesionales que, contando con una formación básica en tributación, tienen interés en especializarse en estas materias.

Es sabido, que tanto para las empresas como personas, la carga tributaria es cada día un factor más sensible y relevante dentro de su estructura de costos. Por ello, una buena Planificación Tributaria es fundamental, ya que permite optimizar la carga tributaria, tanto de la empresa, como de sus propietarios, permitiéndole así contar con recursos líquidos adicionales.

El postítulo tiene como objetivo general que el alumno conozca en detalle las herramientas que deberá utilizar para desarrollar una adecuada Planificación Tributaria, tanto de negocios y/o inversiones de carácter nacional, como de aquellas inversiones de origen extranjero, o desarrolladas por chilenos en el exterior.

Postítulo en Derecho Ambiental

En el mes de noviembre del año recién pasado finalizó esta primera versión de nuestro Postítulo en Derecho Ambiental, el cual convocó a más de 20 abogados, además de otros profesionales de distintas áreas, los cuales reflejaron con éxito la excelente propuesta que significó este programa.

Hoy es muy relevante la existencia de un programa académico de postgrado en Derecho Ambiental y recursos naturales, dado que se hace cada vez más necesaria la asesoría a empresas, tanto en materias de gestión jurídica preventiva como de fiscalización. El país contará con nueva institucionalidad medioambiental a partir de este año y existe, asimismo, una nueva normativa internacional vinculante derivada de la incorporación de Chile a la OCDE.

En vista de esta nueva realidad, las empresas y sus asesores deben conocer el detalle de la normativa ambiental y las múltiples fuentes de obligatoriedad de sus normas. De no ser así, ellas se verán expuestas a serias consecuencias patrimoniales por eventual responsabilidad por daño ambiental.

Conscientes de esta necesidad, la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho ofrecerá nuevamente a partir del mes de junio de 2011, este Postítulo en Derecho Ambiental, que proporcionará a sus alumnos los instrumentos para estar al día en las reformas a la normativa ambiental actual –internacional y nacional– y así satisfacer las demandas mencionadas.

Programas de Postgrado 2011, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, sede Santiago.

Magíster en Derecho, con y sin menciones, 2ª versión

LL.M. Executive – Magíster en Derecho Económico y Financiero. 5ª versión

Postítulo en Derecho Económico y Financiero

Postítulo en Derecho Tributario – 5ª versión

Postítulo en Planificación Tributaria – 3ª versión

Postítulo en Derecho Ambiental – 2ª versión

Actividades de la Facultad de Derecho Sede Concepción

Segundo Semestre 2010

Soledad Arcas Acevedo

Abogado, Universidad del Desarrollo.
Coordinadora de Titulación y Minor

En esta sección resumiremos las principales actividades de admisión, extensión interna y externa, educación continua y postgrado de la Facultad durante el segundo semestre del año 2010.

I. Actividades de Admisión

Decano de la Facultad de Derecho fue anfitrión en cena UDD

Nuevamente la Universidad del Desarrollo realizó su ya tradicional cena para reunir a las autoridades de esta casa de estudios con los principales directivos de los colegios de la inter-comuna.

La bienvenida estuvo a cargo del Decano de la Facultad de Derecho, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, quien el espíritu que se pretende vivir al interior de la UDD.

La actividad, realizada el 13 de agosto, en el Club Concepción, fue la oportunidad perfecta para que los invitados compartieran con sus pares y autoridades de la Universidad, además de poder escuchar las principales fortalezas y logros de la UDD.

Talleres de desarrollo de competencias

Bajo el marco del proceso de admisión 2011, la Facultad organizó un ciclo de talleres de desarrollo de competencias dirigido a alumnos de cuarto medio interesados en ingresar a la carrera. La idea es que estos puedan tener un acercamiento a las diferentes aptitudes que se despliegan con el estudio del Derecho.

El programa se inició con el taller sobre "Técnicas de Oratoria", que se realizó el 26 de agosto, a cargo de la psicóloga Sra. Camila Bolado, y tuvo como objetivo desarrollar destrezas de expresión oral, potenciando las distintas habilidades

de los asistentes y enseñando nuevas técnicas. En la actividad participaron 45 alumnos provenientes de ocho colegios de Concepción.

El segundo taller del ciclo se orientó a las "Técnicas de Argumentación", el que estuvo a cargo del docente de la Facultad, Sr. Eduardo Andrades Rivas y se realizó el 07 de septiembre. Participaron aproximadamente 20 alumnos.

En esta oportunidad, los alumnos revisaron los principales aspectos, elementos y características de la argumentación. Estudiaron las más importantes técnicas para argumentar y los errores más frecuentes que se comenten. El taller finalizó con un debate, en el que los estudiantes pudieron aplicar los conceptos y técnicas aprendidos durante la jornada.

Charlas sobre Responsabilidad Penal Juvenil

Cuatro interesantes charlas sobre la responsabilidad de los adolescentes se llevaron a cabo los días jueves 23 y 30 de septiembre en el auditorio del colegio Saint John's y los días miércoles 29 de septiembre y 06 de octubre, en el auditorio del colegio Kingston College.

"La idea de las charlas fue exponer sobre los derechos y responsabilidades de vivir en sociedad, fundamentalmente orientado a los jóvenes, en torno a la responsabilidad penal y como ellos pueden verse enfrentados a la comisión de ilícitos", indicó María José Menchaca Weinert, Coordinadora Académica de Postgrado y docente de la Facultad, quien realizó la presentación en el colegio.

Según señaló la expositora, durante las charlas también se les explicó a los jóvenes cómo funcionará la ley de Violencia Escolar (*bullying*), tema que actualmente aqueja a la mayoría de los colegios del país.

Taller Vocacional para alumnos de cuarto medio

Los días 8 y 15 de octubre, la Facultad realizó un encuentro dirigido a alumnos de 4° año medio de diversos colegios denominado "Opciones de ejercicio profesional del Abogado", el que estuvo a cargo del profesor de Derecho Procesal. Sr. Javier Molina Gómez, quien además ejerce activamente la profesión de abogado como litigante y asesor extrajudicial.

En esta oportunidad, Javier Molina abordó las diferentes posibilidades y alternativas que actualmente existen para ejercer la profesión de abogado, describiendo lo esencial de cada una de ellas, así como sus aspectos atractivos y dificultades. Entre las opciones abordadas por el docente destacan la figura del abogado litigante, el asesor para asuntos extrajudiciales que previene y advierte riesgos en gestiones que no suponen intervención ante el tribunal, los fiscales y defensores penales, la carrera judicial y la docencia e investigación jurídica.

Además, el docente se refirió a las condiciones y competencias personales que requiere el ejercicio de la abogacía en cada uno de sus escenarios, invitando a quienes decidan estudiar derecho a cultivarlas y potenciarlas desde el inicio de sus estudios jurídicos.

Simulación de juicio oral en Feria UDD

Como ya es tradición, el sábado 06 de noviembre se llevó a cabo una nueva versión de la Feria UDD en Concepción, dirigida a los alumnos de cuarto medio de la región.

La actividad en la Facultad de Derecho consistió en la recreación de una audiencia ante el Juzgado de Garantía y estuvo a cargo de los alumnos de quinto año del curso Destrezas en Litigación Oral, dictado por los profesores Eduardo Carrasco y Sergio Muñoz.

En esta oportunidad, los alumnos, junto con preparar el caso, asumieron los distintos roles de la audiencia, como juez, imputado, gendarme, fiscal, defensor y policía. El caso elegido abordó dos infracciones a la Ley de Drogas, supuestamente cometidas en un pub de Concepción.

La actividad tuvo como finalidad demostrar las destrezas y competencias adquiridas durante el semestre, a través de las distintas etapas de la audiencia que incluyó un debate sobre la legalidad de la detención, la formalización de la investigación y la posterior suspensión condicional del procedimiento.

Pasantías

Durante todo el año académico, alumnos de 3° y 4° medio pudieron asistir a clases en la Facultad, con el objeto de que compartieran con sus alumnos y docentes y así apreciar las innovaciones metodológicas que emplean la mayoría de nuestros profesores, así como también, poder aclarar dudas en relación a su vocación

II. Vida Universitaria

Visitas

Los alumnos de la cátedra de Derecho Procesal I, a cargo de los Profesores Héctor Oberg y Carolyn Guajardo, visitaron la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, con el objeto de conocer su organización y funcionamiento. La visita estuvo guiada por un funcionario del Tribunal, quien los acompañó durante el recorrido, explicándoles la historia, origen y funcionamiento de los distintos Tribunales.

Hacia el final de la visita, nuestros alumnos fueron recibidos por el Presidente de la Corte, Sr. Juan Clodomiro Villa, quien incentivó a los estudiantes a esforzarse durante su etapa universitaria para transformarse en abogados de excelencia.

Asimismo, en el marco del curso de Derecho Procesal I, el Profesor Patricio Gómez, junto a sus alumnos, visitó el Primer y Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, con el objeto de conocer su organización, labor, competencia y funcionamiento interno.

Por su parte, los alumnos del curso de Metodología de la Investigación Jurídica, a cargo del Profesor Eduardo Andrades Rivas, realizaron una visita al Conservador de Bienes Raíces de Penco.

Cena de egresados de Derecho

Como ya es tradición, la Facultad de Derecho realizó una cena en el Club Concepción el jueves 17 de junio, con motivo de compartir el importante logro de los 34 alumnos que finalizaron con éxito sus estudios el 2009.

Al evento concurrieron el Decano de la Facultad, Sr. Gonzalo Rioseco, la Directora de Carrera, Sra. Bárbara Ivanschitz, y un grupo de profesores, quienes compartieron el grato momento con los egresados y los incentivaron en la consecución de las actividades de licenciatura.

Por otra parte, los alumnos fueron despedidos por el profesor titular de Derecho Procesal, Sr. Patricio Gómez, quien pronunció un emotivo discurso, les dio consejos para enfrentar la vida laboral y los motivó a ser profesionales de excelencia.

Claudia Hurtado Espinoza, Abogada UDD y actual Directora Regional del Sernam, conversó con alumnos de nuestra casa de estudios

Bajo el marco del programa de actividades planificadas por la Pastoral de la Universidad, el jueves 17 de junio, en la Sala de Consejo, tuvo lugar el segundo desayuno del ciclo "Reconstruyendo el alma de Chile".

En esta oportunidad, la invitada fue Claudia Hurtado Espinoza, Abogada UDD, actual Directora Regional del Sernam y profesora titular de Introducción al Derecho de la Facultad.

Durante el desayuno, la docente se refirió a la importancia que tuvo para ella haber estudiado y trabajado en la Universidad del Desarrollo y la forma en que esto le ha ayudado a desenvolverse de mejor manera en el servicio público.

Decano de la Facultad se reunió con los alumnos de primer año

El Decano de la Facultad, Sr. Gonzalo Rioseco, se reunió el jueves 17 de junio con los alumnos de primer año en el auditorio principal de la Universidad del Desarrollo.

El encuentro tuvo como propósito conocer las impresiones e inquietudes de los nuevos alumnos en relación al estudio del derecho

En la instancia, los estudiantes hicieron saber a la autoridad algunas interrogantes propias de la carrera y señalaron que se han sentido apoyados por la Facultad.

Por su parte, el Decano les dio consejos para enfrentar los exámenes orales y los animó a proponerse ser estudiantes de excelencia y así aprovechar esta etapa de vida universitaria que para ellos está recién comenzando.

VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Entre el 5 y el 7 de agosto se llevaron a cabo las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas este año por la Universidad de Chile.

En esta oportunidad, algunos docentes de la Facultad formaron parte del cuerpo de académicos que participaron como ponentes, entre ellos, el Sr. Bruno Caprile Biermann, Sra. María Angélica Doberti, Sr. Andrés Kuncar Oneto y Sr. Cristián Larraín Páez. Además, alrededor de 20 alumnos de distintas promociones y egresados de la Facultad asistieron con gran entusiasmo a dicha iniciativa.

El profesor Bruno Caprile presentó la ponencia "El desistimiento unilateral"; por su parte, la profesora María Angélica Doberti se refirió a la "Irrevocabilidad de la adopción y las acciones de filiación"; el profesor Andrés Kuncar expuso sobre los "Alcances doctrinarios y jurisprudenciales al daño patrimonial efectivamente causado con una expropiación (artículo 38 D.L. 2186) y, por último, don Cristián Larraín abordó el tema de la "Protección del honor, prestigio y responsabilidad civil".

Defensor Penal Público, Álvaro Araya realizó taller con alumnos

Eduardo Carrasco, profesor de la Facultad de Derecho y encargado del curso de Destrezas en Litigación Oral, invitó a una de sus clases al Defensor Penal Público, Álvaro Araya Fuentes.

El objeto de su visita fue realizar una actividad de simulación de audiencia de control de detención, formalización y solicitud de medidas cautelares. Se trabajó sobre un caso real, que los alumnos habían previamente preparado.

En la actividad, participaron las alumnas de 5° año, Anisia Toledo y Claudia de Pablo como Fiscales, Andrea Bobadilla como Jueza de Garantía y el alumno Elías Ruiz, como imputado.

Con posterioridad, se realizó una ronda de preguntas y debate sobre el rol del defensor en el nuevo proceso penal, en el cual participó también el Sr. Jaime Pacheco, docente de la cátedra de Derecho Penal de la Facultad, quien presenció la actividad junto con los alumnos.

Alumnos de Derecho participaron en Embajadores e Innovadores del Futuro

Beijing y Shangai fueron los destinos que este año tuvo el programa Embajadores del Futuro de la Universidad. Entre el 6 y el 23 de agosto, un grupo de estudiantes recorrió estas interesantes ciudades con el objetivo de conocer de cerca la legendaria cultura china. Entre ellos estaban Ignacio Aravena, Karina Palma y Macarena Candia, todos alumnos de la Facultad.

Por otra parte, Cristóbal Silva y María José Hidalgo, de segundo y cuarto año respectivamente, participaron de Innovadores del Futuro. Gracias a este enriquecedor programa los estudiantes viajaron a España, país reconocido como una de las cunas de la innovación en Europa.

Alumno de la Facultad expuso en el Primer Encuentro Estudiantil de Derecho Privado

El 9 de agosto se desarrolló el primer Encuentro Estudiantil de Derecho Privado, el que reunió a estudiantes de diferentes Universidades del país. El evento fue organizado por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y el tema marco fue el "Derecho de Bienes: Perspectivas clásicas y contemporáneas".

En dicho encuentro participó el alumno de tercer año, Sr. Rodrigo Campos Martínez, quien expuso la investigación "El Sistema Registral Inmobiliario Chileno: análisis del proyecto de ley en trámite a la luz de la experiencia española". Gracias a un excelente trabajo y a una destacada participación, el estudiante obtuvo el segundo lugar en el encuentro.

Alumno de Derecho participó en Trabajo País Bicentenario

Entre el 7 y el 15 de agosto, tuvo lugar en cinco zonas de la Región del Bío Bío, la quinta versión del proyecto Trabajo País, bajo el lema de este año "Confíados en Cristo, construyamos alegres la esperanza de Chile". Debido a la catástrofe del 27 de febrero, en esta oportunidad las actividades del proyecto solidario se

enfocaron en contribuir con la reconstrucción de los lugares más devastados. Para esto, cerca de 250 universitarios estuvieron en Lota, Coliumo, Penco, Dichato y Pehuén.

Mario Sabag, alumno de segundo año de la Facultad y actual jefe de la Pastoral UDD de Concepción, fue uno de los voluntarios que este invierno puso su trabajo, voluntad y entusiasmo al servicio de quienes más lo necesitan. Él formó parte del equipo central de la zona de Dichato, como jefe de liturgia.

Actividades del Centro de Alumnos de Derecho

Gracias a la iniciativa del Centro de Alumnos, estudiantes de primero a cuarto año estuvieron el 10 y 11 de julio en el cerro La Pólvora, para construirles una mediagua a una señora y su hija, quienes sufrieron la pérdida total de su casa tras el terremoto del 27 de febrero.

Los alumnos se mostraron muy contentos con los resultados que tuvo la actividad y destacaron el apoyo y colaboración que recibieron de los profesores de la Facultad de Derecho para poder llevarla a cabo.

Por otra parte y con el objeto de integrar a las distintas promociones, entre los días 13 y 15 de julio se jugó un campeonato de fútbol en la sede de Pedro de Valdivia. En el evento deportivo participaron cuatro equipos de diferentes generaciones y hubo una gran acogida por parte de los alumnos de la Facultad, quienes mostraron su motivación y entusiasmo.

Alumno de la Facultad participó en seminario de liderazgo

Los días 14 y 15 de octubre tuvo lugar en el Cajón del Maipo un Campamento de Desarrollo Personal, donde participaron alumnos de las sedes de Concepción y Santiago. La Facultad de Derecho de Concepción fue representada por Matías Osses Muñoz, alumno de segundo año.

El campamento contó con distintas actividades, de *coaching*, deportivas, conferencias y ratos de recreación, enfocadas a promover el desarrollo personal de los participantes. Principalmente éstas se concentraron en identificar valores personales, sueños de vida, clarificar objetivos y metas y definir cómo alcanzarlos.

El encuentro contó con la presencia de autoridades de la Universidad, quienes se dirigieron a los estudiantes y los alentaron a ser alumnos de excelencia durante su paso por la UDD.

Semana de la Facultad de Derecho

Entre el 18 y el 22 de octubre se celebró la Semana de la Facultad de Derecho, en que los alumnos de las distintas generaciones participaron en las competencias deportivas y actividades sociales organizadas por el Centro de Alumnos.

Las actividades culminaron con una fiesta de gala que se llevó a cabo el 21 de octubre, en el Estadio Español. En la oportunidad los alumnos pudieron compartir un grato momento de esparcimiento con las autoridades de la Facultad y algunos profesores de la carrera.

Reunión de profesores de la Facultad

El día jueves 11 de noviembre tuvo lugar la reunión de profesores, con motivo de la finalización del año académico 2010. En la ocasión, el Decano de la Facultad, Gonzalo Rioseco Martínez, informó sobre el proceso de acreditación institucional de la UDD. Posteriormente, la Directora de Carrera, Bárbara Ivanschitz, dio a conocer la nueva malla curricular de Derecho y otros aspectos docentes y administrativos en relación al término del año académico. Además, agradeció la colaboración académica del cuerpo docente durante el presente año, que se vio marcado por el terremoto del pasado 27 de febrero, y los instó a continuar comprometidos con dicha labor durante el 2011.

III. Actividades de Extensión y Educación Continua

Facultad de Derecho patrocinó sesión de la comisión presidencial "Mujer, Trabajo, Familia y Maternidad"

El miércoles 23 de junio la Facultad de Derecho patrocinó una sesión regional de la Comisión Presidencial "Mujer, Trabajo, Familia y Maternidad", representada por la Sra. Carmen Domínguez Hidalgo y Jimena Valenzuela del Valle. Además, estuvo presente la Sra. Claudia Hurtado, Directora Regional del Sernam.

En esta oportunidad, participaron como expositores dos de los profesores de la cátedra de Derecho del Trabajo: el Abogado en Derecho Laboral, Sr. Jorge Ogalde, Director Ejecutivo de los Programas de Postgrado de la Facultad y la Sra. Laura Silva, Abogado Jefe de la Dirección Regional del Trabajo.

El profesor Ogalde abordó el contexto normativo en que debe insertarse una modificación legal en materia de protección a la maternidad y los factores extrajurídicos a considerar. Planteó algunas críticas al actual sistema de protección, tanto desde el punto de vista estructural como en su operación y sugirió algunos lineamientos generales de modificación.

Por su parte, la profesora Silva se refirió a la forma como están regulados ciertos derechos relacionados con las mujeres en el trabajo y, particularmente, los que dicen relación con la protección a la maternidad, inciden o provocan un efecto no deseado por el legislador, como es la discriminación indirecta hacia ellas.

Además, realizó un análisis de cómo esta forma de regulación responde a patrones culturales sobre la asignación de roles a hombres y mujeres en nuestra sociedad, finalizando con algunas propuestas para superar la situación planteada.

La sesión se llevó a cabo en el auditorio principal de la Universidad del Desarrollo y tuvo por objeto invitar a diversas instituciones, organismos, asociaciones representativas de la región y público en general, para que pudiesen exponer sus propuestas, inquietudes, comentarios y sugerencias en relación a la reforma que incide en la extensión del post-natal y demás temas que pudiesen derivarse de éste.

Charla de la Ministra del Sernam, Carolina Schmidt Zaldívar

"La violencia intrafamiliar es como un cáncer que tiene que ser erradicado de nuestra sociedad, porque no sólo daña a las mujeres sino que también afecta los niños", manifestó la ministra del Servicio Nacional de la Mujer (Sernam), Carolina Schmidt, en una charla que realizó en la sede de Concepción de la Universidad del Desarrollo el pasado 6 de julio, invitada por la Facultad.

En su presentación, la ministra también abordó la participación de la mujer en el mundo laboral y aseguró que ésta es muy inferior a la de los hombres y al promedio de su género en América Latina y en los países desarrollados. En Chile, agregó, sólo el 41% de las mujeres están insertas mercado laboral. Expresó que la baja participación laboral de ellas y la precariedad e informalidad de sus trabajos hace que menos de 1/3 de los niños nacidos hoy en Chile tengan madres con algún tipo de beneficio maternal. En el país nacen 240 mil menores al año y de ellos, 160 mil son hijos de madres que no tienen derecho a protección de la maternidad.

Al finalizar su presentación, la ministra – acompañada por el Decano de la Facultad de Derecho, Gonzalo Rioseco y la Directora Regional del Sernam, Claudia Hurtado- manifestó que Chile "no superará la pobreza ni habrá verdadera justicia social mientras la mujer no tenga las oportunidades de incorporarse plenamente al mundo laboral y pueda salir de los círculos de violencia".

Charla "Estructura actual del Poder Judicial, funciones de los tribunales y labor específica de los Juzgados de Garantía"

Una interesante charla dirigida a los alumnos de la Facultad tuvo lugar el 25 de agosto, en el auditorio principal de la Universidad. La exposición llevó por nombre "Estructura actual del Poder Judicial, funciones de los tribunales y labor específica de los Juzgados de Garantía".

En la cita estuvieron presentes como expositores la Jueza de Garantía de Concepción, Sra. Cecilia Aravena López, el Jefe de la Unidad de Servicios del Juzgado de Garantía, Sr. Rodrigo González Araneda y el abogado ayudante de Audiencias y egresado de la Facultad, Sr. Carlos Reyes Mellado.

La actividad contó con la asistencia de numerosos estudiantes de distintas promociones de la carrera, quienes participaron activamente. Los asistentes demostraron un gran interés por el tema tratado, el que se centró en el análisis y descripción de la estructura del Poder Judicial, la Reforma Procesal Penal y el funcionamiento de los Juzgados de Garantía.

Seminario "Reformas Laborales y su Impacto en la Empresa"

La Facultad de Derecho dictó, los días 14 y 15 de junio, un seminario-taller sobre las reformas laborales y su impacto en la empresa. Éste se dividió en dos partes: la primera estuvo a cargo de los Sres. Rodrigo García Neiman y Javier Molina Gómez y la segunda a cargo de la Sra. Laura Silva Uribe. Todos ellos, abogados y catedráticos de la Facultad.

Durante el seminario, Rodrigo García se refirió al despido bajo el nuevo procedimiento laboral y a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Javier Molina, por su parte, realizó un análisis de los nuevos procedimientos laborales y a la toma de decisiones dentro de la empresa.

En la segunda parte de la actividad, Laura Silva expuso sobre el procedimiento de tutela laboral, el procedimiento monitorio, la aplicación del principio de proporcionalidad en los dictámenes de la Dirección del Trabajo, así como también sobre las facultades sancionatorias de ese servicio.

II Seminario "Responsabilidad Legal en Prácticas de la Salud"

El miércoles 8 de septiembre, la Facultad de Derecho organizó un seminario sobre responsabilidad civil, dirigido a profesionales del área de la salud. Éste correspondió a la segunda versión del evento, el que el 2009 tuvo gran éxito y concurrencia.

El seminario fue titulado "Responsabilidad Legal en Prácticas de la Salud" y contó con la asistencia tanto de profesionales y estudiantes del área de la salud, como abogados y estudiantes de Derecho. Éstos mostraron su interés por los temas tratados por los dos expositores que participaron: Sr. Ramón Domínguez Águila y Sr. Andrés Kuncar Oneto, ambos abogados y profesores de la Facultad.

El primero se refirió al error y la negligencia. Explicó las diferencias entre una y otra, haciendo un análisis doctrinario y jurisprudencial sobre la responsabilidad médica y demás profesionales de la salud en estos casos. También nombró los casos más frecuentes de negligencia según las distintas especialidades. Por último, realizó un análisis de la responsabilidad por pérdida de la chance de sanación, explicando la opinión doctrinaria y jurisprudencia comparada.

Por su parte, el profesor Andrés Kuncar abordó la validez y eficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, luego se refirió a los seguros de responsabilidad profesional y, por último, hizo una referencia a la jurisprudencia reciente sobre distintos temas de responsabilidad médica.

Seminario "Nuevo Procedimiento Tributario"

El 18 de octubre se llevó a cabo un seminario denominado "Nuevo Procedimiento Tributario", oportunidad en que expusieron los Sres. Jean Pierre Latsague y Jorge Caro Ruiz, ambos profesores de los Programas de Postgrado de la Facultad.

La actividad contó con la asistencia de abogados, contadores y otros profesionales y tuvo por objeto entregar competencias y herramientas legales para comprender la reforma de la justicia tributaria, obteniendo el conocimiento teórico y práctico necesario para la defensa del contribuyente. Específicamente se analizaron los procedimientos de la nueva justicia tributaria y normas sobre comparecencia, así como también la contabilidad como medio de prueba en el nuevo procedimiento tributario.

Ciclo de charlas de Derecho Penal dirigidas a los alumnos

La Facultad de Derecho organizó durante el segundo semestre un ciclo de charlas de Derecho Penal dirigidas a estudiantes, a cargo de los profesores que en cada caso se indica:

- "Realidad de la Legislación Penal Chilena, derrota del fin resocializador", Sr. Jaime Pacheco Quezada
- "Expansión del Derecho Penal", Sra. María José Aguayo Jofré

- “Mediación Penal”, Sres. Jean Pierre Latsague Lightwood, Erwin Eschmann, María Olga Hernández y Christine Liscombe.
- “Ley N° 20.393: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Chile”. Sr. Adolfo Cisterna Pino

Charla “Una visión sobre el Derecho Internacional Humanitario”

El catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad, Abogado y Fiscal de la Segunda Zona Naval, Sr. Alejandro Enríquez Yévenes, dictó el pasado viernes 5 de noviembre una interesante charla, dirigida a los alumnos de la Universidad, sobre Derecho Internacional, titulada “*Una visión sobre el Derecho Internacional Humanitario*”. La exposición contó con una concurrida asistencia de alumnos de distintas carreras de esta casa de estudios superiores.

En la ocasión, el docente entregó visión general de lo que se entiende por derecho internacional público, por derechos humanos, y su diferencia con el derecho humanitario. Además, explicó a los estudiantes el origen y desarrollo del derecho internacional de los conflictos armados e hizo una referencia a los distintos tratados y convenios que regulan estas materias.

Charla “Evolución de los derechos de la mujer en Chile y Occidente y el principio de igualdad entre cónyuges en las relaciones patrimoniales”

El pasado miércoles 10 de noviembre la Facultad de Derecho, en conjunto con el Sernam Región del Bío Bío, organizó la charla: “Evolución de los derechos de la mujer en Chile y Occidente y el principio de igualdad entre cónyuges en las relaciones patrimoniales”.

En la oportunidad, el profesor de las cátedras de Historia del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad, Sr. Eduardo Andrades Rivas, se refirió a la evolución de los derechos de la mujer en Occidente, desde la antigüedad hasta nuestros días, destacando mujeres que han cumplido un rol importante en la sociedad.

Posteriormente, la profesora de Derecho Civil de la PUC, Sra. Carmen Domínguez Hidalgo, analizó la evolución de los derechos de la mujer y la familia en los últimos 30 años.

Para finalizar, el Sr. Bruno Caprile Biermann, profesor de Derecho Civil de la Facultad, realizó una interesante exposición sobre el principio de igualdad entre cónyuges en las relaciones patrimoniales: derecho vigente y prospectivo, explicando los distintos regímenes patrimoniales y la situación jurídica de la mujer en relación a cada uno de ellos, así como los proyectos de ley en trámite.

Seminario “Pensión de Alimentos: Aspectos teóricos y prácticos”

Bajo el marco de los programas de Formación Continua de la Facultad de Derecho, el 18 de noviembre, se llevó a cabo un seminario denominado “Pensión de Alimentos: Aspectos teóricos y prácticos”.

En esta oportunidad expusieron las Srtas. Lorena Pérez Obreque, Abogada auxiliar y de familia de la Corporación de Asistencia Judicial y profesora ayudante de Derecho Procesal de la Facultad y María Loreto Pozo Salgado, Jueza del Juzgado de Familia de Concepción.

El seminario tuvo por objeto actualizar y profundizar de los conocimientos teóricos y prácticos de los participantes en materia de alimentos y familia en general, entregándoles las competencias y herramientas necesarias para realizar una adecuada tramitación y defensa del representado.

La actividad contó con una importante participación del público asistente, generándose un interesante diálogo entre éste y las expositoras

“Las acciones colectivas: su regulación en España y las reformas aprobadas y en curso en Chile”

El 25 de Noviembre se llevó a cabo el seminario organizado por la Facultad de Derecho sobre **“Las acciones colectivas: su regulación en España y las reformas aprobadas y en curso en Chile”**, ocasión en la que expusieron los profesores Dr. Pedro Robles Latorre, profesor de Derecho Civil de la Universidad San Pablo CEU, España con el tema: **“Las acciones colectivas en España”** y el Sr. Bruno Caprile Biermann, profesor de Derecho civil de nuestra Facultad quien expuso sobre: **“La extensión de las acciones colectivas en Chile: un proyecto de ley aprobado en materia de defectos de la construcción y otro en trámite que modifica la Ley de Protección al Consumidor .**

El incumplimiento contractual

El viernes 26 de noviembre el profesor invitado Dr. Pedro Robles Latorre, profesor de Derecho Civil de la Universidad San Pablo CEU, España, dictó una charla que tuvo por objeto brindar una visión general de los problemas que presenta el incumplimiento contractual en España y que presenta notables proximidades con la situación en Chile.

“Violencia Intrafamiliar : Reformas legales y femicidio”

El lunes 29 de noviembre, a las 18.30 horas en el auditorio principal, se realizó el Seminario dirigido a todo público, principalmente jueces, ministros y

abogados: **“Violencia Intrafamiliar : Reformas legales y femicidio”**, organizado por el SERNAM, Región del Bio Bio ,en colaboración con la Facultad de Derecho de la UDD.

En esta oportunidad expusieron, el ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, Sr. Renato Campos González, quien se refirió al tema: *“La convivencia en el delito de parricidio y su proyección en la reforma del artículo 390 del Código Penal”*. Expositor analizó la reforma, que pretende introducir al conviviente como sujeto pasivo del delito de parricidio, precisó la doctrina y jurisprudencia en relación a los conceptos de conviviente y concubinato, especificando que se refiere a parejas heterosexuales. También hizo referencia al delito de Femicidio.

También intervino la psicóloga de la Universidad de Chile, Srta. Carla Cremien Robles, quien trató el tema: *“Violencia Intrafamiliar, mitos, características y evaluación de riesgos”*. La expositora efectuó un análisis de las distintas clases de violencia, características y comportamiento del que abusa, de la persona abusada y actitud de los terceros testigos de situaciones de violencia, luego hizo referencia a las causas de violencia y sus consecuencias.

Por último, la abogada Srta. María Elena Santibañez Torres, profesora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la PUC ,hizo una interesante exposición, sobre *“Las modificaciones al Código Penal y a la Ley de violencia intrafamiliar para sancionar el Femicidio y otras reformas relacionadas”*, explicando cada una de las modificaciones al código penal, señalando que el femicidio es parte del parricidio, precisando además que el tipo penal del parricidio se amplía a los ex cónyuges y ex convivientes sin limitación en el tiempo, y por último hizo una referencia las distintas reformas relacionadas a la violencia intrafamiliar, como delitos sexuales .

IV. Programas de Postgrado de la Facultad

El 7 de mayo de 2010, luego de la postergación de las actividades como consecuencia del terremoto, se dio inicio al décimo cuarto año académico de los Programas de Postgrados de la Facultad de Derecho de Concepción y conmemoramos el inicio de la undécima versión del Magíster en Derecho de la Empresa.

Conjuntamente con el Magíster se dictaron el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa en su versión décima cuarta, cinco diplomados y quince cursos de perfeccionamiento jurídico.

Lo anterior significó que, durante el año 2010, participaron 79 alumnos en los diversos cursos y programas ofrecidos.

En un constante afán por diversificar y mejorar la oferta académica, que permita el perfeccionamiento, especialización y formación continua de los abogados, se ha iniciado un importante proceso de reforma académica al Magíster en Derecho de la Empresa (MDE), que permitirá a los alumnos cursar nuestro tradicional programa u optar por el MDE con menciones, que en una primera etapa ofrecerá una mención en Derecho Laboral y otra en Derecho Tributario y nuevos Postítulos. Esta modificación se encuentra actualmente en trámite para ser aprobada por los organismos universitarios correspondientes.

V. Inauguración del Año Académico, Facultad de Derecho, sede de Concepción

Gabriel Rioseco Henríquez

Profesor de Derecho Comercial
Universidad del Desarrollo

Mensaje a los estudiantes de Derecho

Ha sido costumbre desde la creación de la Facultad de Derecho en esta Universidad, que al comienzo del año un profesor desarrolle un tema de interés jurídico, pero en esta oportunidad hemos optado por hacer proposiciones que introduzcan, sobre todo a los alumnos de 1er. año, acerca de lo que serán sus estudios durante los 5 años de su Carrera, y recordarles lo mismo a los alumnos de cursos superiores, sobre todo para los que pasan una época de crisis, que es la mayoría, entre los cuales me incluyo, en la época respectiva, que dichos estudios tienen un sentido muy serio, que nada está de más, y que la simplicidad o liberalidad amenazan la seriedad de la preparación o, lo que es peor, atentan en contra de lo que necesita la sociedad, de auxiliares eficientes de la administración de la justicia, sin perjuicio de las acomodaciones en las mallas curriculares, que la contingencia vaya exigiendo de acuerdo a la modernidad de los tiempos, tanto en el derecho material o de fondo como en la metodología.

Pero esto último no es mi objetivo por ahora, porque esta materia es una preocupación permanente de las autoridades universitarias, que lo están haciendo bien, actualizando los estudios, los métodos de trabajo, etc.

Mis objetivos son, en primer lugar, presentarles un tema que trataré de desarrollarlo en la forma más simple posible, como me habría gustado a mí que a la edad de ustedes me lo hubieran expuesto; el segundo objetivo, es convencerlos de que lo que vamos a tratar son materias necesarias, no tan complicadas ni aburridas, sino por el contrario, a la luz del estudio, de gran interés y atractivas, inclusive en el ámbito profesional, porque les proporcio-

nan las bases esenciales con las cuales siempre van a trabajar y usar como fundamento de los derechos y obligaciones que pretendan, permitiéndoles expresarse con propiedad en el campo del derecho. El tercer objetivo es netamente personal. Al final de mi vida académica, dejar dicho a los alumnos de esta Escuela de Derecho el pensamiento de un profesor que, respetando posiciones distintas, inclusive detractoras de la mía, desea mover los espíritus de los jóvenes, crear inquietudes, guiar las conciencias y las acciones a través de una exposición, con respeto, altura de miras y siempre con gran espíritu constructivo.

Quisiera responderles a tres preguntas que ustedes deben hacerse y que se relacionan: a dónde ingresan; a qué vienen y qué deben esperar al término de su estada en esta Facultad.

Nuestra respuesta es que deseamos presentarles una "comunidad" de maestros o profesores y de discípulos o estudiantes, con objetivos específicos cuyo análisis haremos a continuación.

Los protagonistas de esta comunidad, según el profesor Gonzalo Rojas Sánchez, son sus profesores y ustedes los estudiantes.

Sin duda lo más importante y permanente de la casa universitaria son sus profesores y por eso me referiré brevemente a ellos.

El quehacer de los profesores configura en primer lugar su aporte intelectual, su irradiación a la sociedad de los valores permanentes de la cultura cristianaoccidental, siempre necesarios e indispensables de actualizar; en segundo término alrededor de ellos ha de crearse el ambiente propicio para la formación integral y perfeccionamiento de los estudiantes.

Los docentes deben reunir especiales condiciones, que si bien algunas son comunes a todas las actividades sociales, son más relevantes en ellos, por su carácter de conductores de la sociedad y de los estudiantes, condiciones tales como erudición, ética, disciplina intelectual, estabilidad emocional, capacidad de transmisión, aceptación por el grupo, facilidad de expresión, etc. Así se perfila un profesor que dedica su vida pública y privada, esto es, su quehacer, a la Universidad y a los estudiantes, pasando a ser un ejemplo y un testimonio para ellos.

Sin embargo, para ubicarnos en la realidad social, debo precisar que sin duda no es fácil encontrar un gran número de personas que reúnan las condiciones mencionadas, pero en este caso, a lo menos, debemos quedarnos con la más seria y responsable aspiración de todos nosotros, aun cuando sean pocos los que llegan al cumplimiento de las verdaderas metas académicas.

Jóvenes alumnos, algunos de ustedes futuros docentes, sepan que no es fácil ser profesor, por ello sean cuidadosos cuando juzguen a sus maestros, sobre todo a los que empiezan su carrera académica, así como deben ser muy estrictos con los que tienen larga trayectoria; recuerden que esta actividad, que constituye una profesión, se forma con la experiencia del trabajo de la docencia, cosa que naturalmente supone tiempo y maduración. Y a los jóvenes profesores les digo: no decaigan, no se dejen sobrepasar por el cansancio, la crítica, o la frustración por los resultados, si bien estos dependen de gran parte de ustedes; traten de captar, de adivinar lo que los alumnos les piden o les exigen; traten de satisfacerlos o por lo menos hagan mucho esfuerzo por lograrlo. Este es un trabajo que no tiene premios, ni halagos y menos recompensa, pero su gran satisfacción será cuando vean a un alumno que se inició en su curso sentándose en la última fila, con una postura negativa, al término del mismo incorporándose entre los primeros en una actitud positiva y de interés. Joven profesor, usted ganó ese alumno y esa satisfacción no tiene precio.

El segundo elemento de la comunidad son ustedes los estudiantes. Estudiante, según Goethe, es "aquel que realiza un esfuerzo constante". "el que hace una opción por su propio perfeccionamiento en el ámbito de la cultura y de la profesión".

Los llamo a reflexionar en dos direcciones: la primera es una opción humanística, hacerse de los valores esenciales y eternos de la vida, la libertad en su verdadero sentido, que veremos más adelante, la lealtad, el respeto, el amor al prójimo, que es el camino para llegar a Dios, romper el espejismo de los seudovalores, no les es lícito caer en la hipocresía consigo mismo y aceptar todo, por el hecho de ser nuevo, como si por tal fuera bueno, sino que su actitud debe ser de "búsqueda", de inquietud, una exigencia permanente de información, saber más, proveerse de conocimientos que les permitan un análisis serio y una conclusión acertada. A esto vienen a la Universidad, si no lo hacen, no cumplen con su propio objetivo, que consciente o inconscientemente se lo han propuesto.

La segunda propuesta es en el campo universitario. Para nadie es una novedad que vivimos una época de crisis moral. Una persona correcta y sabia no se improvisa. En primer lugar es necesario comprender el mundo en su complejidad, riqueza y matices, y también en sus valores y desvalores, distinguiendo lo importante de lo urgente, lo sustantivo de lo accidental, lo perenne de lo pasajero. Por ello resulta fundamental educarse constantemente para evitar tomar decisiones fundadas en la ignorancia. El currículo académico es un elemento importante a la hora de tomar decisiones. Una decisión ha de ser meditada de manera adecuada; para ello, la competencia profesional es fundamental. Pero no es todo. Las decisiones que tienen impacto ético y que, por tanto, trascienden lo técnico, tienen más que ver con nuestras motivaciones

más profundas respecto de lo que queremos ser en la vida, de nuestro marco valórico. Elementos fundamentales de la vida, como la honestidad, veracidad, justicia, rectitud, no se aprenden en una carrera universitaria, sino más bien son el resultado de una profunda reflexión, de qué quiero hacer de mi vida y de la de los demás. Esto requiere mucho trabajo. Una persona correcta y sabia no se improvisa. (*El Mercurio "Liderazgo ético"*. Edición del 10 de abril de 2010)

Los estudios de Derecho no les significan un grado de dificultad superior, pero requieren algunos elementos que si no se poseen naturalmente, se logran con trabajo: el primero es el estudio sistemático de lo que se trata en clases, día a día, un número determinado de horas, no un exceso, pero permanente y sin distracciones; el segundo elemento es la necesidad de memorizar. Esto que aparece como atrabiliario en los estudios universitarios, es indispensable, a lo menos en los estudios de Derecho, y sobre el particular existen ciertas fórmulas que lo facilitan: es necesario memorizar los verbos y sustantivos rectores que facilitarán la construcción de la frase especializada, y, finalmente, sobre la base de los principios anteriores, la reflexión, esto es, pensar, relacionar, argumentar detenidamente lo estudiado. Esto es lo más importante, porque es el resultado de los dos elementos anteriores: solo se puede reflexionar, pensar, relacionar o argumentar, cumplidos los dos elementos precedentes.

Es efectivo que el estudio primario y la memorización es un trabajo individual, pero la reflexión perfectamente se puede hacer en grupos de dos o tres alumnos, ya que sin duda varios pueden participar en la reflexión, en la argumentación, ayudan a pensar, relacionar, lo que es muy útil y hasta entretenido. De esta manera, se logra el dominio de las materias y nacen el interés, el gusto, satisfacción y el sentido práctico de lo que se estudia.

Esto último merece un comentario, indudablemente los estudiantes de Derecho no tienen clínicas, máquinas o herramientas en su sentido gramatical, porque la reflexión en sus expresiones mencionadas es conceptual, pero esto se hace fácil, porque hay muchos estudiosos que anteriormente han conceptualizado, lo que ustedes están estudiando, y la forma de encontrarlo es el manejo de la literatura jurídica, sea de los fallos de los Tribunales de Justicia (jurisprudencia) o de obras o artículos de profesores o juristas connotados. De esta manera, su "laboratorio" es la biblioteca, y es ahí donde ustedes deben pasar parte de su tiempo, habituándose al manejo de los libros, porque esto es como todas las cosas, se aprende cómo escribir cuando niño, primero con cierto grado de dificultad, para llegar a ser un hábito. La lectura les permitirá la consulta y el descubrimiento rápido de lo que desean, inclusive a través de la reflexión, y después de un proceso de perfeccionamiento pueden llegar a construir una regla nueva o distinta a sus antecesores. Fíjense, ustedes, han "descubierto" algo nuevo, o han modificado, variado, un criterio imperante, pero siempre sobre la base de los principios generales del derecho. ¿Puede haber algo más interesante?

Este proceso se completa, al final de sus estudios, con la labor propia del abogado, que es interpretar la norma jurídica, que como dice el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo de Santiago, profesor Pablo Rodríguez Grez, en su obra *La Interpretación Jurídica*, "el proceso interpretativo (hermeneútica) se ha limitado a descubrir el sentido extensión y significado de la norma" "...Jueces, abogados, juristas y profesores han puesto acento en la tarea de descubrir y desentrañar el significado (sentido) de la ley con mayor o menor imaginación y audacia, pero... se ha descuidado o ignorado casi absolutamente la faceta más rica y fecunda de la interpretación". No se trata de prescindir del significado real de la norma, pero lo que queremos transmitirles es que ésta, si bien es una tarea del intérprete, es una etapa de la interpretación que el profesor Rodríguez llama "formal", que muchas veces se ha entendido como única forma de la interpretación, sin ir más allá. Cuando ustedes, ya abogados, en sus presentaciones escritas o verbales ante Tribunales Colegiados se limiten a la interpretación formal, no aportarán nada al Juez, ya que este también, como es abogado, está llamado a conocer el significado o sentido de la norma. Lo útil e interesante, lo que ustedes deben aportar al Juez, es aplicar la norma general y abstracta, que es lo propio de toda norma, a casos particulares y concretos, que en el decir del profesor Rodríguez "esta función se cumple mediante la interpretación. Ella consiste entonces no en conocer su significado real, sino, lo que es mucho más trascendental, en desprender una regla particular (mediante un razonamiento deductivo lógico) de una norma general y abstracta. De la norma general derivará su validez la regla particular, la cual en definitiva no es más que la norma general transformada por el efecto de la interpretación en regla particular. De esta manera, la interpretación está integrada por dos fases: "una (formal) destinada a determinar el sentido, significado y alcance de la norma, otra (sustancial) destinada a extraer de la norma general una norma particular, que es la que se usa para calificar el caso concreto que debe resolver el derecho". La fase sustancial es la médula de la interpretación. "La única norma que choca frontalmente con la realidad social que regula el derecho es la regla particular", "las normas generales y abstractas jamás alcanzan a la vida social, ellas son meros postulados que sirven para elaborar normas particulares" (*Teoría de la Interpretación Jurídica*, de Pablo Rodríguez Grez). Esta es la labor del abogado, crear normas o reglas particulares emanadas de la norma general, aplicables al caso concreto que se conoce y que debe regular el derecho.

Dicho lo anterior, me voy a permitir hacer ahora un pequeño análisis de la función del abogado, desde el punto de vista ético-jurídico, lo cual estoy seguro, que su verdadera dimensión se valora con el paso del tiempo, y teniendo más de 50 años de profesión y de paso por la Universidad, siento el imperativo de transmitir experiencias, reflexiones y conceptos.

Es necesario considerar, según Vigo en su obra *La Abogacía*, que la actividad profesional o académica de los alumnos ocupa un lugar privilegiado en la vida

cotidiana del hombre, no sólo desde un punto de vista cuantitativo, de horas absorbidas por aquello, sino que constituye un elemento medular en la postura ética del hombre en sus relaciones con los demás hombres, lo que irá configurando su propio modo o forma de vida. Si reconocemos que el hombre no puede desarrollar dos éticas, dos posturas morales, la de vida profesional y la de su vida de relación, concluiremos que en la ética del obrar profesional o formativo-educando, está también en juego nuestro éxito o fracaso como hombre en sociedad.

Esto nos lleva a reflexionar sobre la moral y el derecho, cosa que en los estudiantes produce cierto grado de escepticismo, pensando que algo es evidente, simple, o algo muy complejo, que su estudio pertenece a otro.

¿Qué entendemos por moral? En un sentido amplio, según Gonzalo Ibáñez Langlois, en su obra *La Causa de la Libertad*, es "un conjunto de reglas y normas que orientan la conducta libre en orden a hacer el bien y evitar el mal".

Tiene tres características fundamentales: En primer lugar, la libertad, si estas reglas pretenden que ajustemos nuestras conductas a lo que ellas disponen, es porque podemos realizar otras: sin la libertad, ello sería imposible. En la moral, tienen cabida las categorías de verdadero y erróneo y eso supone en la persona una capacidad para discernir precisamente lo que es verdadero o erróneo. La moral no describe conductas que necesariamente han de suceder, como son las leyes de la naturaleza, sino que describe conductas que pueden ser realizadas, pudiéndose realizar otras.

En segundo lugar, los hombres sujetos a regulación moral son susceptibles de perfección. Toda acción supone la actualización de una potencia. El hombre no es perfecto, pero sí perfectible. La moral, al indicar cuáles de todas las conductas posibles son las mejores, ofrece un ideal de perfección humana y lo ofrece precisamente porque no somos perfectos. El camino ético es un camino de perfección y son las exigencias de esta perfección las que constituyen el criterio último para discernir el bien y el mal.

Por último, la inteligencia. Se trata de la tarea de descubrir en la realidad cuál es el ideal de hacer bien las cosas, para lo que hemos sido hechos. Descubrir y formular esa normativa es tarea propia de la inteligencia.

Hemos hablado de perfección, cuyo punto de partida se encontraría en una idea preconcebida de lo que debe ser un hombre perfecto y cuya validez se afirmarí­a como postulado. Pero no es así, al ideal de perfección se llega mediante un análisis experimental de las conductas humanas; es decir, comparando una conducta con otra, y viendo sus resultados. Diríamos "artesanalmente" se ha formado en la cultura humana una rica experiencia que nos enseña que algunas conductas perfeccionan al hombre más que otras, o, por el contrario, algunas conductas hacen más daño que otras.

Viene en nuestra ayuda el Magisterio de más de 20 siglos, en donde muchos nos han entregado no solo sus experiencias, sino el fundamento de todas ellas.

Nada nuevo es afirmar que el hombre es, instintivamente, fundamentalmente social, y ello significa que también ha de ser social el camino de su perfección.

Veamos un caso particular: No hay duda que las potencias, esto es, la posibilidad de hacer algo, están presentes en todos los individuos de la especie humana, con una salvedad: la masculinidad y la femineidad, que se encuentran presentes en seres distintos: varón y mujer, por lo que en su unión integral la naturaleza humana queda terminada. Hombre y mujer quedan en condiciones adecuadas para enfrentar la vida y desarrollar de manera eficaz sus capacidades. La unión es necesariamente integral, incorpora la totalidad del ser de los cónyuges y por eso es monógama y de por vida. La indisolubilidad del matrimonio se presenta así como un estatuto de la naturaleza. No se trata de imponer una carga insoportable a los cónyuges, sino precisamente de proteger un bien. Si la unión de que hablamos fuere pasajera, sería imposible la dación total, pues cada cónyuge estaría mirando el momento del término, para llegar a él en las mejores condiciones, aun en detrimento del bien del otro.

Mirándolos a ustedes deseo destacarles la importancia del “pololeo”, para mí es una etapa que es necesario tomarla en serio. Da que pensar observar jóvenes que sólo ven en el pololeo su aspecto sexual; el acercamiento físico es necesario y normal, pero sus limitaciones son la base del éxito en el futuro. Pues bien, en el pololeo se trata de descubrir todo lo que los une a los jóvenes, pero igualmente importante, todo aquello que los separa, distancia, y que pertenece al carácter esencial de cada uno, que por lo general no es modificable. No se trata que a uno le guste mirar el fútbol por televisión y al otro no, o uno es muy ordenado y el otro no, o uno tiene determinadas costumbres y el otro otras, etc., se trata del carácter predominante, por ejemplo uno es optimista y el otro pesimista, uno es positivo y el otro melancólico, uno es emprendedor y el otro estático, uno es esencialmente fiel y el otro presumido en quien se visualiza su infidelidad, uno es irascible y el otro sereno, etc., esto es lo que se llama “saber casarse”. No se trata de que estos caractres no se puedan superar, se puede, pero seguramente se transforma en una carga, y es mejor detectarla en el pololeo. Para qué me voy a referir a enfermedades que constituyen adicciones o vicios, que requieren la voluntad del sujeto para superarlas, lo que ya es excepcional.

Ahora bien, en este trabajo existen algunos principios orientadores para guiar la conducta humana, que es necesario ejercitar para encauzar nuestras vidas. El primero es el equilibrio de nuestros sentidos, rechazando el afán inmoderado de los placeres, pero, rechazando también la consideración de que todo placer es malo; de lo que se trata es de rechazar los extremos. Si la comida, el vestido,

la bebida, el sexo nos producen placer, tanto mejor, está muy bien; el mal está en buscar el placer incontroladamente o improcedentemente; el consumismo, la diversión, la gula, sólo por el placer, o porque se justifican con sofismas, que son razones o argumentos aparentes para defender lo que es falso, son errores, porque son contrarios al equilibrio que exigen los sentidos y, en definitiva, al poco tiempo tengan la seguridad de que no constituirán placer, sino desagrado, hastío y finalmente rechazo. Es el comienzo de la esclavitud del hombre frente a los placeres, de la infelicidad, hasta llegar a una adicción que se transforma en una patología, que destruye sus fines, como son el estudio, la preparación y el gusto por lo que debe hacer.

Para nadie es una novedad que vivimos, en cierto grupo de la sociedad, en una crisis moral bastante grave, porque se vincula a la filosofía positivista frente al derecho natural, lo triste es que esta crisis ha llegado a la vida universitaria, derivada de la expresión materialista en que nos encontramos inmersos, en que no importa ni interesa el perfeccionamiento espiritual e intelectual, que ha sido sustituido por el materialismo que sólo persigue fines económicos. Esto es, como lo llamó don Máximo Pacheco, una "enfermedad" que ha contaminado a la juventud y, en particular, a la que ha debido permanecer inmune a tan grave contagio "la juventud universitaria", por su idealismo, que es el gran don de la juventud.

Y este decir de impermeabilidad que debió haber tenido la juventud universitaria se funda precisamente en el acervo de valores espirituales e intelectuales que por naturaleza le son propios y en virtud de los cuales jamás debió ceder a tan tremenda tentación, porque tiene los medios de defensa frente a tan frágil y fuerte debilidad social.

Cultiven su amor por lo que hacen, en primer lugar sus estudios y formación profesional. No deseo plantear la "formación" como un concepto filosófico, que si bien lo es, mi interés es llegar a ustedes con algo simple. Personalmente, no soy partidario de una clase de ética profesional, la ética o moral, esto es, como hemos dicho, distinguir lo bueno de lo malo, que debe tenerse presente en cada materia; de qué manera los preceptos legales pueden usarse inmoralmente, y esta reflexión la pueden hacer ustedes en conjunto, o ayudados con sus profesores y ayudantes.

Jóvenes, no piensen por ahora estudiar mirando resultados económicos, éxito u honores, si bien una vez titulados la profesión va a ser su medio de sustento, en esta época de su vida su única mira debe ser su formación y estudio.

La Universidad en su conjunto es un taller de formación, a través de la docencia de sus profesores, que no solo es asistir y oír clases, sino más bien aprender permanentemente, esto es, formar hábitos de estudio (Hernán Larraín F. Clase Magistral en la Facultad de Ciencias de la Universidad Austral de Chile), es el

afán de saber más, es realizarse en plenitud en esta etapa de su vida, que es, entiéndase bien, la de ser estudiantes.

Por ese motivo, jamás aceptaremos la posición simple de alumnos que, jactándose de la falta de participación en las clases de sus profesores, invocan los resultados positivos en las evaluaciones semestrales o anuales; eso puede ser así momentáneamente, pero quienes así piensan incurren en un error de fondo; en la Universidad no se trata de obtener resultados solamente, sino es el lugar para desarrollar un conjunto de valores que ustedes internalizan, a veces inconscientemente, y, entre ellos, el primero, muy importante, es la disciplina personal que se manifiesta en el cumplimiento de sus deberes universitarios, dirigidos a la formación de hábitos que les servirán en todas y en las distintas circunstancias de la vida, profesional, familiar y social.

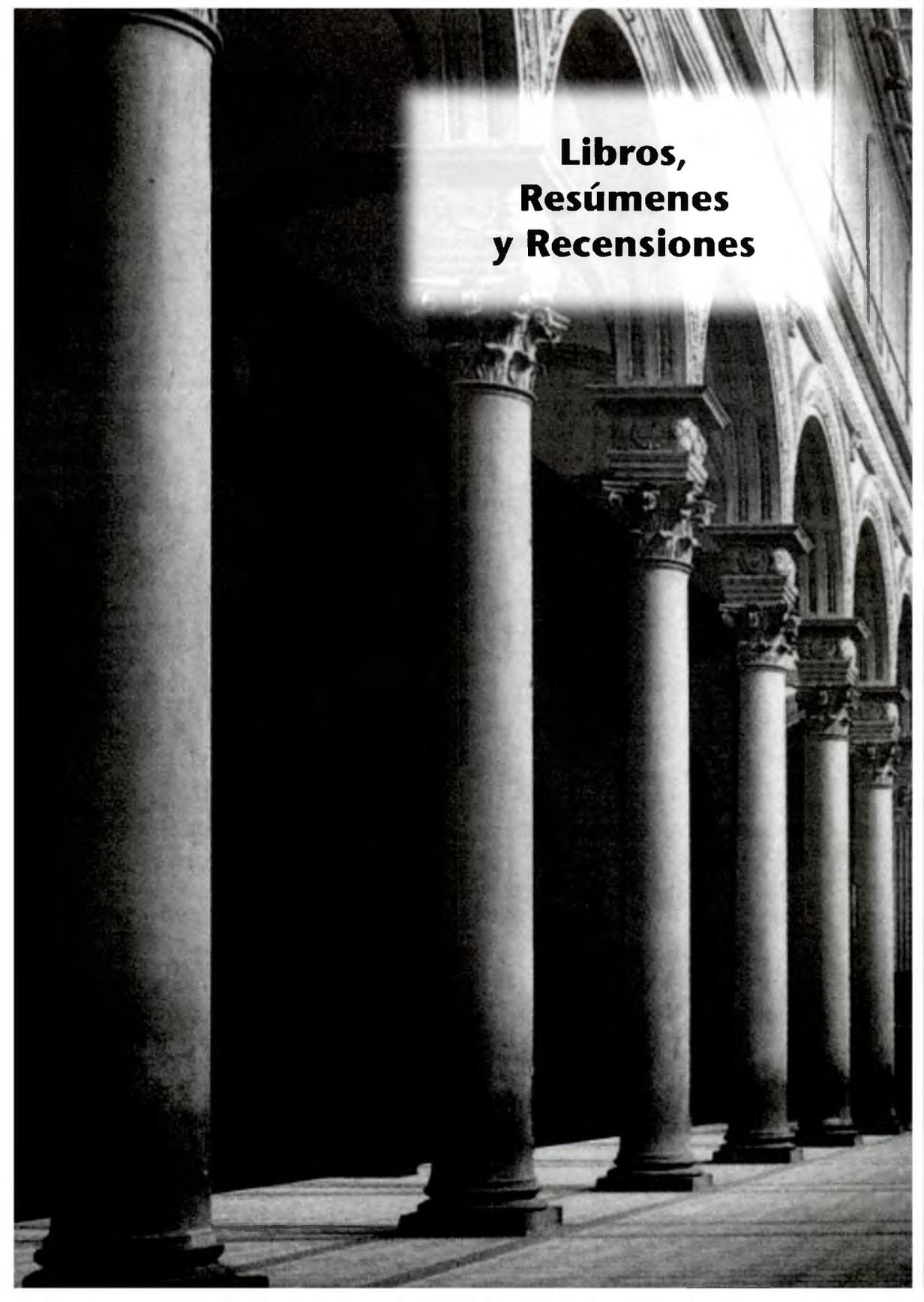
Termino invitando a los que ingresan a la Universidad y también a los más antiguos, a identificarse con su Universidad, con su Facultad de Derecho, con lo que esta les ofrece, que cada vez van siendo más oportunidades, mejores cosas y de mejor calidad.

Opten por ser protagonistas activos de la vida que inician, que va de lo más simple a lo más complejo, por ejemplo la necesidad de insertarse en el mundo del estudiante universitario, con toda su problemática, con buen espíritu, sobre todo constructivo; participar de la amistad, de los deportes, de las fiestas universitarias, y por qué no decirlo, del despertar de los verdaderos amores juveniles; no omitan estas verdaderas obligaciones que hay que asumir; créanme que esto también es parte de su formación futura. Por otra parte, sientan la necesidad de ser estudiantes inquietos, en dos áreas, la primera, social, con la ayuda a lo más necesitados, que a más de constituir un servicio propio de los jóvenes, les permite conocer una realidad distinta, que es la realidad de una gran fuerza chilena que están obligados a promover, porque su estatus privilegiado los obliga; la segunda, la necesidad de ser estudiantes inquietos, vivaces, exigentes, emprender el conocimiento serio y profundo de las materias que comprenden su aprendizaje en forma completa y responsable, aprovechando todos los elementos a su alcance que le proporcionan la Universidad y sus profesores, integrarse a las funciones y actividades académicas con su asistencia a las conferencias, charlas, seminarios extracurriculares, cursos extraprogramáticos, etc. Piensen que todo esto es por y para ustedes.

Mi idea es que, como fruto de todo lo dicho, se cree un "estilo" de estudiante de esta Facultad que les sea propio, que los identifique, basado en su formación y en la disciplina del máximo de exigencia personal y colectiva en todas las manifestaciones de su quehacer.

Esta invitación, abierta a todos ustedes, les hace este profesor, que al término de casi 50 años de docencia agradece la oportunidad que la Providencia le otorgó de trabajar con tanta juventud, cuyo número ustedes pasan a engrosar, si con su voluntad, inteligencia y acción aportan al mundo que los rodea algunos de los principios desarrollados en esta exposición, que explican el nombre de esta clase inaugural.

Muchas gracias.



**Libros,
Resúmenes
y Recensiones**

Recensión: “Derechos Fundamentales de los privados de Libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia”.

De **Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera F.**

Ediciones Universidad Diego Portales, año 2010

COMENTARIO DE:

Francisco Maldonado F.

Abogado. Doctor en Derecho
Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal
Profesor e investigador de la Facultad de Derecho
Universidad de Talca

No son buenos tiempos para la óptica y desafíos que nos plantea el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Más allá que a estas alturas, y tras poco más de 60 años de evolución, se pueda constatar un sostenido proceso de asentamiento y consolidación de contenidos de nivel normativo e institucional, lo cierto es que son numerosos los elementos que en la actualidad impiden mantener una mirada optimista respecto a su evolución futura. Basta constatar cómo ha cambiado la orientación de nuestros temores universales, nuestra percepción social de los riesgos y el reconocimiento de espacios absolutos e intangibles para nuestras garantías individuales.

En efecto, la experiencia que deja el nacionalsocialismo, la crueldad de las dictaduras latinoamericanas y del genocidio racial y cultural vivido en Europa oriental y en África hacia fines del siglo XX, constituyeron hitos traumáticos que naturalmente operaron en favor de una orientación que amplía los espacios de protección del individuo, transformando a la figura del Estado opresor (propio o extranjero) en el *enemigo* a combatir. Sin embargo, los temores en la actualidad tienden más bien a ubicarse en torno a un referente diverso, radicado preferentemente en grupos organizados con alto poder destructivo y corrosivo, capaces (o supuestamente capaces) de socavar las bases en las que descansa nuestra estabilidad, incluyendo a la estructura estatal. No extraña entonces que en este contexto el Estado pase a ser concebido como un aliado frente a un enemigo latente que nos amenaza, un ente protector que actúa (siempre) en nuestro beneficio y que requiere para ser efectivo de las mejores herramientas de control. De ahí que tampoco resulte extraño que su actividad

se oriente decididamente a neutralizar al enemigo, apartándolo incluso de la propia comunidad, si ello resulta necesario. Se trata de que nuestra protección parece demandar que se llegue a anular el reconocimiento de aquellos intereses, valores y garantías que hasta hace poco se prometían y postulaban para la generalidad, en una orientación política que sustituye la idea de integración universal (de todos y cada uno de los miembros de la comunidad) por el paradigma de la exclusión (de todos los que amenazan a la comunidad).

Por su parte, la caracterización y papel que asumen a nivel general las condiciones de riesgo en la sociedad contemporánea generan una necesidad de tutela que conlleva restricciones a las libertades ciudadanas en forma cada vez más masiva y anticipada, por aquello de que es indispensable prevenir daños de gravedad y consideración a los que estamos permanentemente expuestos, conforme a las potencialidades que la tecnología y la transnacionalidad conceden en la actualidad a los seres humanos. Sobre esa base estamos dispuestos a sacrificar nuestros intereses cada vez más lejos del estadio que hasta hace poco radicaba en la inminencia del daño o (con mucho) el riesgo de lesión, llegando a sostener la necesidad de tutela a partir de la mera potencialidad de la ocurrencia de riesgos. Se trata de una necesidad que si bien es real se inspira y alimenta a partir de la idea de que es indispensable conservar una cierta estabilidad en el desarrollo de las relaciones sociales. Con ello se asume que el funcionamiento de las sociedades contemporáneas no solo requiere de seguridad y estabilidad, sino también (y a veces en mayor medida) de la creencia de que en ellas se vive en forma segura y estable. De ahí que se requiera de contenidos protectivos tanto reales como simbólicos, binomio que inevitablemente tiende a retroalimentarse en forma cíclica. Por ello es que el temor y la inseguridad no desaparecen, ni con ello la necesidad de exigir mayor protección, cuyo resultado directo es la reducción de los espacios de libertad individual a favor de las herramientas que entendemos el Estado necesita para protegernos.

Estos mismos caracteres han consolidado el paradigma de la ponderación como dinámica de determinación real de los límites y contornos de las garantías fundamentales, en perjuicio de la doctrina que tradicionalmente confió dicha precisión en nociones asociadas a su contenido nuclear o esencial, evolución que no sólo introduce el riesgo de justificar excesos sino que además diluye el carácter de absoluto del que presumen los derechos fundamentales, que por ello queda más bien relegado a su mera consideración ideológica y abstracta. Los derechos y garantías, más allá de su trascendencia valórica, pasan con ello a ser siempre sacrificables si concurre interés que, en concreto, pueda ser considerado como *suficiente* para justificar dicho sacrificio.

Todo lo dicho parece además reforzado por los bajos niveles de satisfacción material que alcanzan en general la mayoría de los contenidos plasmados

en los catálogos universales sobre derechos fundamentales. Sin siquiera considerar que buena parte de los derechos y garantías forman parte de los cuerpos constitucionales de los diversos Estados (lo que debiera darles un peso normativo adicional), es un hecho que su nivel de satisfacción real es, en general, deficiente, al menos en naciones de caracteres similares a la nuestra, sirviéndonos precisamente de ejemplo el ámbito de los sistemas penitenciarios. A nadie debiera sorprender la presencia real de niveles importantes de hacinamiento (generalizado) en los recintos penales de nuestro continente, las malas condiciones de salud, higiene, seguridad y desarrollo personal. Tampoco la presencia de procesos disciplinarios y clasificatorios ajenos a los estándares procesales mínimos ni la falta de acceso a recursos o a defensa letrada durante la ejecución de condenas, sin siquiera mencionar los aspectos de garantía que se vinculan a los objetivos de reinserción que se postulan para el cumplimiento de las sanciones penales. En concreto, contamos con sistemas de ejecución penitenciaria que exceden con mucho el nivel de las restricciones personales vinculadas a la propia condena y donde el desarrollo de la vida en prisión no ofrece condiciones compatibles con la dignidad que se predica como elemento consustancial a todos los seres humanos.

De esta forma parece un hecho que en este ámbito la distancia entre el nivel normativo que ofrece el derecho internacional de los derechos humanos y la realidad continental es considerable.

Dicha realidad puede ser configurada (interpretada) desde dos perspectivas diversas. A nivel formal se traduce necesariamente en una especie de estado de ilegalidad permanente, que debiera por ello haberse reflejado en un contenido sancionatorio concreto, tanto moral (que es lo propio del derecho internacional) como material (que es lo propio del nivel institucional que hoy en día caracteriza al derecho internacional de los derechos humanos). La ausencia de ambos efectos debe por ello dar lugar a una evaluación negativa, pues conlleva un nivel de tolerancia interna e internacional que resta toda seriedad a los acuerdos que se contienen a través de los diversos instrumentos que dan cuerpo a esta rama, los que sin embargo, y a pesar de ello, mantienen su plena vigencia y adherencia general. A nivel material el derecho internacional de los derechos humanos se muestra más bien como un instrumento político, una instancia de presión que busca formar y forzar la realización de los cambios institucionales que permitan acortar la brecha entre la realidad física y la propuesta normativa. Se trata de una característica que define el modelo o sistema normativo configurado tras dicha denominación, como lo demuestra su desarrollo histórico y su régimen institucional vigente. Baste ver cómo en nuestro caso la actuación del sistema interamericano privilegia las instancias de solución material de los conflictos planteados ante la Comisión o ante la Corte, en lugar de conformarse con el reproche y efectos que demanda una condena.

Y es que parece existir consenso de que el acortamiento de las brechas para hacer realidad el diseño normativo que se plantean en los diversos instrumentos internacionales requieren de esfuerzos institucionales y culturales de carácter complejo, que demandan una actividad intencionada y decidida de los gobernantes. De ahí que una visión realista conlleve asumir e incorporar dicha complejidad si se quiere (seriamente) avanzar.

Lo dicho queda en evidencia si recordamos por un momento el incendio que afectó a la cárcel de San Miguel el pasado 8 de Diciembre, oportunidad en la que perdieron la vida 81 compatriotas que cumplían sus condenas privativas de libertad en dicho recinto. En efecto, por un lado las informaciones publicitadas confirman el diagnostico que hemos expuesto sobre el sistema penitenciario, mientras que las respuestas escuchadas en el ámbito de lo político (salvo las oportunistas, que en este caso abundaron) confirman las características y complejidad que tiene cualquier propuesta seria de solución. Pero además se trata de un hito que confirma que el problema y su solución radican en el ámbito de lo político, o, mejor dicho, que se trata de una cuestión de *voluntad política*. El acortamiento de la brecha depende entonces de una decisión. Y es que con independencia de las dimensiones del desafío que ello conlleva lo relevante es que logre asentar la idea de que es necesario colocar estos temas en el índice de prioridades necesarias de cubrir, a partir de lo cual todo depende de la capacidad y competencia gubernamental.

Este es precisamente el presupuesto que hace necesario seguir contando con el contenido que proporciona el derecho internacional de los derechos humanos, asumiendo asimismo la necesidad de reforzar el peso y la efectividad de sus herramientas naturales de actuación. Y es precisamente en esa línea donde se inserta el aporte que plantea el texto que ahora comentamos.

Sobre el libro

En el marco de un estudio global sobre condiciones carcelarias que viene desarrollando el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales desde comienzos de los 2000, los investigadores Alvaro Castro, Jorge Mera Figueroa y Miguel Cillero Bruñol, proponen a la comunidad un trabajo que individualizan como una *Guía práctica* relativa a los *estándares internacionales atinentes a los derechos fundamentales de los privados de Libertad*.

Se trata de una sistematización razonada sobre los contenidos especiales de garantía que se asocian a la condición de encarcelamiento y que se extiende tanto al nivel normativo como a la interpretación aplicada de dichos contenidos. Este último elemento es precisamente el que le da un toque distintivo a la obra, pues complementa la síntesis de disposiciones definitorias de cada ámbito o garantía aplicable con una fina selección de jurisprudencia regional

(que se complementa con fallos europeos) a partir de lo cual se logra identificar y delimitar un cuerpo más tangible sobre el contenido de los diversos derechos y garantías comprometidos. Con ello supera el ámbito nuclear o *básico* que por regla general es considerado a estos efectos, alcanzando un nivel definitorio superior que le da mayor potencialidad a la perspectiva política que subyace en cada derecho que es reconocido. Queda clara la vocación de concreción que anima a los autores si se tiene en cuenta que en este caso la síntesis normativa, de instrumentos y sentencias se traduce en reglas precisas que pueden ser exigidas al modelo institucional. Se trata por ello de un trabajo que no se limita a constatar lo existente, sino de uno que asume la tarea de definir los estándares que subyacen a cada uno de los derechos y garantías aplicables a la materia.

Este producto se acompaña (intencionadamente) con las herramientas que respaldan dicha configuración, dispuestas en un formato que sirve concretamente de apoyo a la actividad de los operadores jurídicos. En concreto, el lector encontrará un conjunto de razonamientos, argumentos y recursos que le servirán de base para fundar las actuaciones que se deban desarrollar ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales, contribuyendo con ello a estrechar la brecha que separa en este ámbito lo normativo de lo material. A la propia autoridad (judicial, administrativa y política) le permitirá por su parte avanzar con pasos más certeros en el cumplimiento de su misión institucional.

Es este contenido lo que precisamente permite entender que un documento de estas características sea individualizado –por sus propios autores- como una *guía*, dejando traslucir un marco de objetivos que supera la mera sistematización y recopilación de antecedentes documentales, alejando al producto de la metodología tradicional de aproximación dogmática a este ámbito de estudio.

Por ello verá el lector que la obra no solo eleva el nivel de profundidad en la definición del contenido que se predica de los diversos derechos, sino que además logra dicho objetivo en un espacio acotado, dando cuenta de un trabajo de síntesis que también lo distingue, obviando de paso el recurso (habitual en estos ámbitos) a la consideración de anexos documentales que por lo general suelen desdibujar los aportes en materia de sistematicidad. En efecto, es llamativo que la extensión de la obra no supere las 300 páginas sin que por ello se afecte en modo alguno la extensión de temas a tratar. Al contrario, se incluyen en este caso acápite que ni siquiera suelen ser considerados en documentos de características similares, como los relativos a los derechos especiales que concurren y deben ser reconocidos en sujetos especialmente vulnerables (mujeres, niños, etc.).

A este respecto conviene advertir que la sistematización propuesta se desarrolla a través de cinco bloques o capítulos independientes. Se aborda, en primer

lugar, la relación entre el sujeto privado de libertad y el Estado, acápite en el que se desarrollan fundamentalmente la situación de (mayor) vulnerabilidad que aqueja al preso y la consecuente posición de garante que al respecto asume el Estado en cuanto *causante* de dicha condición y que lo sitúa en una posición pasiva respecto del aseguramiento de las condiciones vitales y de desarrollo del interno (pp. 29 a 35). Acto seguido, aborda la prohibición de todo tipo de malos tratos, donde ocupa una especial posición (perfectamente diferenciada) la prohibición absoluta de tormentos o tortura (pp.37 a 153). Esta distinción en sí misma pone en evidencia el primer punto relevante de destacar referido a la necesidad que advierten los autores de clarificar que la extensión de la garantía la ubica en un estadio previo al que resulta propio a la agresión de la integridad psicológica y física del penado que pueda llegar a ser ejecutada por parte de la autoridad (contenido tradicional referido al uso de la fuerza en prisión), situándola más bien en torno a las condiciones de desarrollo cotidiano de la vida en prisión y con total independencia de la fuente que pueda llegar a originar la vulneración. Con ello se establece un claro nexo entre la garantía y las condiciones de desarrollo de la vida en prisión, incluyendo evidentemente la problemática del hacinamiento carcelario. También se incluyen en el espectro proscrito por la garantía aquellas presiones, abusos y formas de organización y conductuales que provengan de la propia organización de los internos (esto es, conflictos suscitados entre privados), planteando como obligación para del Estado el deber de prevenir su ocurrencia, investigarlas y responsabilizarse por sus eventuales consecuencias.

En tercer lugar, los autores se ocupan de las reglas básicas que deben caracterizar la aplicación de sanciones administrativas ocasionadas en el cumplimiento del régimen de privación de libertad, lugar donde se trata además la necesidad de considerar en dicho ámbito las garantías que son propias de un debido proceso. A este respecto, y junto con las tradicionales referencias a las exigencias de legalidad, tipicidad, publicidad y proporcionalidad, se detallan las implicancias propias del tratamiento procesal de un conflicto contradictorio, incluyendo los derechos probatorios, de defensa y el *ne bis in idem*. Finalmente, se trata en forma especial la garantía del plazo razonable.

Mención especial amerita el contenido de los apartados IV y V dedicados, respectivamente, al tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los privados de libertad, y a los contenidos asociados a la presencia de grupos (especialmente) vulnerables al interior de los recintos penitenciarios.

En el primer caso (pp. 175 a 232) no solo se trabaja concretamente con las condiciones de salud (incluyendo la huelga de hambre), higiene y alimentación de los penados, sino que se incluyen además los contenidos asociados al derecho a la educación. En el segundo caso, y de forma inédita, se aborda el régimen especial que debe ser considerado respecto a internos menores de

edad, migrantes y mujeres, a partir del reconocimiento de que gozan a nivel general de un estatuto particular.

Respecto a los adolescentes (pp. 234 a 247) se asume en primer lugar la tarea de reforzar la consideración que debe brindarse a las garantías comunes, normalmente violentadas en base a la aplicación de modelos tutelares centrados en una óptica paternalista, en cuanto proponen un presupuesto que concibe al tratamiento penitenciario como una medida favorable a los intereses del menor. Luego, se plasman los contenidos especiales vinculados al derecho a la asistencia adulta de confianza (que complementa el derecho a defensa), a la educación regular, a la confidencialidad, visitas, descanso, recreación y culto, y, en general, a condiciones institucionales acorde con la etapa de vida en que se encuentran.

Respecto a los migrantes (pp. 247 a 275), se refuerzan también las garantías generales que se hacen sentir con más fuerza en territorio extranjero a partir de la mayor condición de vulnerabilidad que dicho estado propone, particularmente vinculadas a la legalidad y discrecionalidad de la detención (exclusión de la arbitrariedad y de recintos especiales), el acceso a la información relevante para la defensa (conocer las razones de la detención, etc.), a comunicarse con familiares y conocidos, a cuestionar la legalidad del encarcelamiento, al plazo razonable (acorde a las condición de extranjero) y la asistencia consular.

Finalmente se busca plasmar los efectos que acarrea la prohibición de discriminación por razones de sexo, abordando la condición especial de la mujer en el sistema carcelario (pp. 275 a 277).

En síntesis, creemos que se trata de un trabajo que abre perspectivas, y que devuelve la esperanza en la promesa que subyace al derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de los tiempos que corren.

La responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales.

De **Autores Varios**

María Sara Rodríguez P. y Francisca Barrientos C. (Editoras)

Decimoséptima edición
Cuadernos de Extensión Jurídica 20/2011

COMENTARIO DE:

Hugo Fábrega Vega

Departamento Derecho de la Empresa
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Dora Yáñez Terán

Abogado

Comentamos a continuación la obra "Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales", publicada en el mes de diciembre de 2010 en los Cuadernos de Extensión Jurídica (20) de la Universidad de Los Andes.

Hacemos desde ya la advertencia que la obra en comento, corresponde a la recopilación de las ponencias hechas bajo el contexto del X Seminario de Actualización en Derecho de Daños, llevado a cabo en el mes de noviembre de 2009, y que fue organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

Digna de un estudio más acabado acorde a las apreciables materias que trata y conforme a la actualidad de la materia, puntualizaremos algunas ideas que resaltan al estudiar esta última versión.

I. Antecedentes de la obra

Estimando conveniente analizar la dolorosa e innegable realidad de los accidentes del trabajo, es que en el año 2004, la Facultad de Derecho de la Universidad

de Los Andes, llevó a cabo el VI Seminario denominado “La responsabilidad por accidentes del trabajo”, momento en el cual, la discusión y análisis abordada en dicha oportunidad, quedó editada al año siguiente, bajo el título se editó “*La responsabilidad por accidentes del trabajo*” (Cuadernos de Extensión Jurídica N° 10, universidad de Los Andes, 2005). Este texto resultó de muchísima utilidad para aquellos que han estudiado los cambios legales y jurisprudenciales de la última década sobre la materia, e hicieron que esta compilación tuviese un eco exitoso en un público siempre ansioso de las orientaciones de los expositores que allí publicaron, constituyendo una demanda del texto que prontamente agotó sus ejemplares en distribución.

Pues bien, cinco años más tarde, inspirados en el mismo sentimiento de actualizar un tema relevante de responsabilidad civil -dado que continúa manifestándose en nuestra sociedad, con derivaciones dispares- se eligió: “*La responsabilidad del empresario en los accidentes del trabajo: modernas tendencias*”, con el fin de reexaminar el tema de los accidentes del trabajo y ponerlo al día de las reformas legales y los desarrollos jurisprudenciales del período.

Hecha la advertencia, procedemos a analizar brevemente la mencionada obra.

II. Contenido

Dijimos que, en esta última versión, distintos autores analizan y discuten diferentes aristas relacionadas con los accidentes del trabajo. Así las cosas, en un primer acápite, nos encontramos con el trabajo del profesor Ramón Domínguez Águila, quien expuso y analizó la evolución del esquema regulatorio de la responsabilidad civil derivada de los accidentes del trabajo, dejando entrever la consolidación en la doctrina acerca de la dualidad de regímenes de acciones civiles, que emanan del artículo 69 de la Ley N° 16.744 de 1968, según si acciona el trabajador o las demás víctimas; acción que en palabras del citado profesor satisface cien por ciento el principio de reparación integral del daño, y por ende el daño moral; naturaleza de la indemnización debida, toda vez que será *contractual* si la acción la ejerce el trabajador, con su respectivo régimen subjetivo sin obviar la objetivización que ha señalado la jurisprudencia al respecto, a partir de la obligación implícita de seguridad que aparece en el artículo 182 del Código del Trabajo, y, *extracontractual* si la acción la ejercen las víctimas por repercusión.

En un segundo acápite, encontramos el análisis del profesor Alfredo Sierra Herrera, quien desarrolla la responsabilidad del empleador por enfermedades profesionales poniendo énfasis en un enfoque jurisprudencial, haciendo el distinguo entre éstas y los accidentes del trabajo, aduciendo que a pesar que su regulación legal es casi idéntica, la jurisprudencia de los tribunales los diferen-

cia claramente, en cuanto a su naturaleza jurídica, dado que en el caso de un accidente del trabajo se ve objetivada por los fallos judiciales, en el caso de una enfermedad profesional se mantiene claramente subjetiva. También aborda las consecuencias que originan las enfermedades profesionales.

Luego, en un tercer acápite el profesor Hernán Corral Talciani, aborda la concurrencia de acciones en los daños causados por accidentes del trabajo, advirtiendo que el cúmulo de acciones (de quien es partidario), es viable sólo en el evento que sea el trabajador el demandante; ya que si la concurrencia de acciones es entre legitimados pasivos (contratista y dueño de la obra) no habría cúmulo contra el empleador responsable y la empresa principal, pues con el artículo 183, letras B y E del Código del Trabajo, la responsabilidad de la empresa principal respecto de los trabajadores del subcontratista es autónoma y por culpa propia, derivada del incumplimiento de una obligación legal. Por su parte, en cuanto a la concurrencia de acciones entre legitimados activos (trabajador y víctimas por repercusión) excluye el cúmulo de acciones, porque a las víctimas por rebote sólo les corresponde demandar en sede civil, finalizando con una interesante diferencia entre los herederos *iure hereditatis* e *iure proprio* al respecto.

La profesora María Sara Rodríguez Pinto, abordando las tendencias en daño moral por muerte o lesión corporal de un trabajador en la jurisprudencia civil y laboral, advirtiendo que ciertas tendencias han sido elevadas a la categoría de doctrina judicial: a) sede contractual si la acción es ejercida por el trabajador y prescripción del derecho común en caso que la acción corresponda a las víctimas por rebote, b) admisibilidad del daño moral en caso de lesione so muerte en los términos en los accidentes del trabajo, amplia discrecionalidad judicial al momento de la evaluación del mismo en el cual se mal usa el principio de la "reparación integral del daño", conservando la idea de entender que la obligación de seguridad es una obligación de resultado, no siendo factible que el finiquito libere de responsabilidad al empleador.

El quinto acápite alusivo al lucro cesante por muerte o incapacidad del trabajador en la jurisprudencia, lo aborda el profesor Bruno Caprile, haciéndose cargo con precisión del lucro cesante futuro, advirtiendo que de alguna forma disuelven la exigencia de la certeza del daño al atender un juicio de probabilidad para determinar el monto de la indemnización. En este mismo orden de ideas, junto con analizar una serie de parámetros que tienen como objetivo fijar el quantum de la indemnización, sostiene que el sistema multiplicado o lineal es básico y no basta para determinarlo, promoviendo la utilización de métodos combinados.

El penúltimo capítulo, lo desarrolla el profesor Jorge Baraona González, quien actualiza su estudio abordado en el VI Seminario que al inicio se hizo alusión,

con jurisprudencia existente desde el año 2005 en adelante, analizando con precisión la aplicabilidad del artículo 2330 del Código Civil a las normas de la responsabilidad contractual, expresando y criticando que, bajo la óptica en comento, se trasladaría una norma de la responsabilidad extracontractual a la contractual en beneficio del trabajador. También alude a la dualidad entre acciones del trabajador y de las demás víctimas, compartiendo las mismas conclusiones que al respecto hizo el profesor Domínguez Aguila.

Para finalizar, el catedrático Marcelo Nasser, expuso el tema del seguro de responsabilidad civil del empresario por daños a los trabajadores a causa de un accidente del trabajo, y en particular, la cláusula de responsabilidad civil patrona, la cual, contiene lo que él llama "*riesgo indemnizatorio*" y cobertura de la defensa judicial, dejando de manifiesto las utilidades de pactar la señalada cláusula en los seguros de responsabilidad civil. Además, investiga las principales limitaciones que dicha cláusula contiene.

Para quienes son cercanos al tema de la responsabilidad civil, se torna atractiva la idea de contar con autores que puedan condensar la doctrina del análisis legal, jurisprudencial y técnico que ha adquirido la materia, puesto que para nadie es sorpresa (a estas alturas) suponer que la causa-efecto de la responsabilidad del empleador derivada del "deber de seguridad" en el ámbito de la protección al trabajador, ha tenido cambios sustanciales en materia jurisprudencial, lo que, sumado a la vigencia de las normas procesales que otorgaron dinamismo a la resolución de conflictos laborales a contar de la Ley 20.087, ha precipitado una inesperada actualidad en la materia.

De esta forma, estimamos que la actualización de esta obra, será de gran interés y utilidad para letrados que estudien la responsabilidad civil derivada de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la cual, por cierto constituye un aporte notable a la cultura jurídica nacional.

Índice Revista *Ius Publicum* N°25/2010

Escuela de Derecho

Universidad Santo Tomás

ESTUDIOS

Carlos Felipe Amunategui Perello. *Roma, Confederación de Gentes.*

Juan Carlos Cassagne. *La Encíclica Caritas in veritate (Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización).*

Sergio Carrasco Delgado. *“Recuerdos de juventud” de Arturo Alessandri Palma.*

Gustavo Cuevas Farren. *Interpretación de la Constitución: una tarea para proteger los derechos fundamentales.*

Jose Luis Lara Arroyo, Carolina Helfmann Martini. *Las medidas provisionales y la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo: reflexiones acerca de su sentido y alcance.*

Héctor H. Hernández. *Mató mal el juez Lozada.*

Eduardo Soto Kloss. *Responsabilidad del Estado/Administración: las consecuencias perversas de otro “injerto extranjerizante”.*

IN MEMORIAM

Jaime Martinez Williams, *Gonzalo Vial, periodista de opinión.*

CRÓNICA

Reflexiones éticas: Jesús Gines Ortega, *Reconstrucción del alma.* Max Silva Abbot, *Democracia y principios.* P. Raul Hasbun, *SuBus - Natura.* Claudio Arqueros, *Ley natural y democracia.* Justo Aznar, *Un país abortista.* P. Raúl Hasbun, *Traición - Haraquiri.* Natalia Lopez Moratalla y Enrique Sueiro, *Cerebro ético, atajo emocional ante dilemas.* **Reflexiones fuertes:** Gonzalo Rojas Sánchez. **Reflexiones tomistas:** S.S. Benedicto XVI, *Santo Tomás de Aquino.* Catequesis de S.S. Benedicto XVI en las Audiencias Generales de los días miércoles. Maria Esther Gómez De Pedro. **Actualidades:** Miguel Ayuso, *Actualidad y vigencia de Donoso Cortés.* Jose Luis Widow, *Nuestro camino al totalitarismo.* Sergio Melnick, *Bachelet + Velasco = Más pobreza.* Crispulo Marmolejo, *La vía chilena al desarrollo.*

DOCUMENTOS

S.S. Benedicto XVI: *Visita al Campo de Concentración de Auschwitz - Discurso a los participantes en la Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida - Palabras a la proyección de la película Bajo el cielo de Roma sobre Pío XII - Discurso al encuentro con las autoridades civiles y el cuerpo diplomático.*

Pedro Morandé: *Calidad humana y calidad educativa.*

Siro de Martini: *El crimen de Bariloche.*

Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad Fausta Bariloche: *Matar a una persona no nacida, aunque se trate del producto de una violación, constituye una conducta gravísimamente ilícita.*

Hermogenes Perez de Arce: *Chile unitario amenazado.*

Acción Familia: *Entre la expectativa y la decepción.*

JURISPRUDENCIA

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE LIBROS

RESEÑA DE REVISTAS

EDICIONES IUS PUBLICUM

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 realizar 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.

UDD

Universidad
SANTIAGO

BIBLIOTECA UDD SCL



R012619